

PENSAR EN DERECHO N°23



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2023

© 2023

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Leandro Vergara*

Vicedecana: *Silvia Nonna*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores/as

Consejeros/as Titulares

Mary Beloff
Juan Pablo Mas Velez
Marcela I. Basterra
Daniel R. Vítolo
Leila Devia
Alejandro Alagia
Graciela Medina
Gonzalo Alvarez

Consejeros/as Suplentes

Adelina Loianno
Marcelo Gebhardt
Silvia Nonna
Alfredo Vítolo
Nancy Cardinaux
Juan Pablo Mugnolo
María Blanca Noodt Taquela
Claudio E. Martyniuk

Claustro de graduados/as

Consejeros/as Titulares

Raúl M. Alfonsín
Silvia Bianco
Fabián Leonardi
Martín Ríó

Consejeros/as Suplentes

Elisa Romano
Enrique Rodríguez Chiantore
Silvia A. Bordón
Romina Nieto Coronel

Claustro de estudiantes

Consejeros/as Titulares

Micaela Castañeda
Luciana Gallardo
Sebastián Fernández Jaichenco
Juan Martín Sala

Consejeros/as Suplentes

Ramiro Soules
Joaquín Santos
Trinidad Acuña Bianchi
Lucien Rocío Palacios Gava

Representante No Docente

Lorena Castaño

Secretarios/as

Secretario Académico: *Lucas G. Bettendorff*

Secretario de Administración: *Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria: *Oscar M. Zoppi*

Secretaria de Investigación: *Luciana B. Scotti*

Secretaria de Relaciones Internacionales: *Marta R. Vígevano*

Secretaria de Relaciones Institucionales: *Carmen Virginia Badino Varela*

Secretaria de Vinculación Estudiantil: *Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo*

Índice

Dossier Análisis crítico y en clave de reforma sobre el derecho de las relaciones de trabajo en la Argentina

Segmentación, pluralización, expansión del derecho del trabajo 9
Adrián Goldin

Algunas reflexiones sobre reformas necesarias y posibles a la legislación
laboral vigente19
Miguel Ángel Maza

El intervencionismo estatal en la negociación colectiva:
sobre la representación empresaria y la homologación de convenios
colectivos de trabajo27
Juan Pablo Mugnolo

La formación profesional como derecho fundamental y como política pública,
laboral y ocupacional.....41
Laura Cristina Castagnino

La acción sindical como pieza del modelo democrático59
Guillermo Gianibelli

Indemnización por despido versus fondo de capitalización individual: apuntes
contra una eventual reforma inadmisibile..... 71
Héctor Omar García

La imprescindible reforma de las licencias familiares en el empleo privado 89
Liliana Hebe Litterio

La reforma impostergable: el régimen de licencias parentales
de la Ley de Contrato de Trabajo 99
Pablo Arnaldo Topet

¿Por qué es necesario modificar el título VII “Trabajo de Mujeres”
en la Ley de Contrato de Trabajo?..... 113
Silvia E. Pinto Varela

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Magistratura, comunicación y tecnología: una reformulación
de la función judicial en el siglo XXI.....133
Francisco Guido Santillán

El rol político del Poder Judicial en la democracia argentina.
¿Custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular? 175
Ana Laura Stigliano

Notas sobre la labor de la interpretación jurídica 205
Laura M. Sicurello

Dossier

*Análisis crítico y en clave de reforma sobre el
derecho de las relaciones de trabajo en la Argentina*

Segmentación, pluralización, expansión del derecho del trabajo

*Adrián Goldin**

Resumen

En este documento se describen los procesos de segmentación y pluralización reglamentaria que el ordenamiento laboral transita como consecuencia del surgimiento de nuevas modalidades de reclutamiento del trabajo humano (entre ellos, *teletrabajo* y *trabajo de plataformas*) y la consiguiente concepción para ellos de regímenes legales que constituyen una *nueva morfología estatutaria*. Ese fenómeno, junto a la emergencia de categorías de trabajadores que son jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes, ilustra un proceso de neoexpansión del derecho del trabajo.

Palabras clave: expansión del derecho del trabajo, estatutos de nueva morfología, trabajo autónomo económicamente dependiente.

* Es Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires; fue Presidente de la International Society for Labour and Social Security Law, Profesor invitado de la Universidad de París II, de la Universidad de Nantes y otras; fue conferencista invitado por la Asamblea de Profesores del Collège de France, investigador residente en el Instituto de Estudios Avanzados de Nantes y Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; integra el consejo científico de la *Revista Internacional del Trabajo OIT/Ginebra* y los consejos científicos de otras publicaciones; entre ellas, la *Comparative Labor Law and Policy Journal* de la Universidad de Illinois, la *Revue de droit comparé du travail* de l'Université Montesquieu, la revista *Trabajo y Derecho* (Madrid) y la *Revista General de Derecho del Trabajo* de Madrid. Publicó libros, artículos en revistas nacionales y extranjeras y capítulos en obras colectivas en el país y en el exterior; adriangoldin@derecho.uba.ar.

Segmentation, Pluralization and Expansion of Labor Law

Abstract

This document describes the processes of regulatory segmentation and pluralization that the labor system is undergoing as a consequence of the emergence of new modalities of human labor recruitment (including teleworking and platform work) and the consequent conception for them of legal regimes that constitute a new statutory morphology. This phenomenon, together with the emergence of categories of workers who are legally autonomous but economically dependent, illustrates a process of neo-expansion of Labor Law.

Keywords: Expansion of Labor Law, New Statutory Morphology, Autonomous But Economically Dependent Work.

El sistema de protección del trabajo fue construido históricamente en función de la figura del *trabajador de la industria* según se manifestaba en el tiempo de la primera revolución industrial, figura a partir de la cual se reconoció el *tipo teórico del trabajo subordinado*. Fue el punto de partida para establecer un *régimen de protección*, necesario por la condición de fragilidad en que ese trabajador se encontraba.

Hace algún tiempo¹ –antes aún del desencadenamiento de la pandemia– yo había señalado dos tendencias que veía ya en curso en el sistema de protección del trabajo y que me parecían por entonces divergentes, hasta quizá contradictorias. En primer lugar, una *tendencia hacia la segmentación del sistema de protección del trabajo y consiguiente pluralización de los estatutos de protección*; simultáneamente, me pareció posible reconocer una *tendencia hacia la universalización de la protección social*. Revisada la cuestión, esta vez ya en pleno desarrollo del proceso pandémico, desestimé

1. En Goldin, Adrián, “Sur les droits du travail en Amérique latine. Évolution et perspectives”, en *Le Travail au XXI Siècle. Livre du centenaire de l'Organisation internationale du travail sous la direction de Alain Supiot*, Les Éditions de l'Atelier, Ivry-sur-Seine 2019, pp. 236-239, 2019.

aquella hipotética contradicción;² creo desde entonces, por el contrario, que esa protección universal sería, precisamente, el mecanismo que podría dotar al sistema en su conjunto de la propiedad de involucrar en un régimen de algún modo *unificado* a todos los que prestan trabajo personal y necesitan protección.

De ese modo, el *trabajador subordinado* –en un primer momento, *el de la industria*– se constituyó en beneficiario excluyente del sistema de protección laboral. La figura así identificada dio lugar al reconocimiento de una serie de *constantes* consideradas definitorias de ese su modo de trabajar, que fueron elevadas a nivel de abstracción para configurar conceptualmente una categoría –la de la *subordinación o dependencia*– que no sería sino una *réplica conceptual y abstracta* de aquel específico modo de trabajar. Esa categoría sería desde entonces una suerte de “calificador inclusivo/excluyente” que permitiría, cuando estuviera presente, la inclusión de un vínculo determinado en el sistema de protección laboral y que, por el contrario, lo excluiría en caso de ausencia. Esa “réplica”, adicionalmente, implicaría una estilización de aquella categoría y daría lugar a una expansión del sistema de tutela pues habilitaría la inclusión de muchos otros trabajadores, *entre* ellos los del comercio, los servicios, el campo y hasta la función pública.

Mediante cotejo con esa categoría, el vínculo de dependencia podía reconocerse de modo “simple, evidente y casi intuitivo”, haciendo innecesaria en la mayor parte de los casos su sumisión a la técnica del “haz de indicios”, a la que se recurre en general en presencia de “casos grises” en los que no es posible reconocer la subordinación con aquella simplicidad.

Erigido en torno de esa idea dominante –la de la “subordinación”–, el régimen normativo de la protección del trabajo había respondido en su tiempo a esa unidad conceptual que definía a los sujetos protegidos mediante una lógica correlativa de “unicidad regulatoria”. Por decirlo de otro modo, a una única categoría de sujetos protegidos –*los trabajadores subordinados*– debía corresponderle un único régimen de protección. Existían por entonces (y aún existen) algunos regímenes especiales que regulan el desempeño de trabajadores de ciertos sectores profesionales (solo a título de

2. En mi “Segmentación de la tutela laboral y universalización de la protección social”, publicada en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Madrid, Ed. Lefebvre, N°6, junio de 2020, pp. 844-850.

ejemplo en el derecho argentino, entre varios otros, los de los trabajadores de la construcción, los periodistas profesionales, los trabajadores del campo, etc.). Pero su existencia no alteraba aquella condición *dominante del trabajo dependiente*, como principal y virtualmente única expresión laboral genérica y de alcances amplísimos.

Sobrevinieron en tiempos más recientes *otras modalidades de reclutamiento del trabajo humano* que ya no reproducen con comodidad aquella figura histórica. Sí, en cambio, su posición de debilidad en relación con el empleador. Y fue necesario concebir, como en otros países, *regímenes legales especiales (estatutos) para dispensarles protección adecuada, que reconocieran sus singularidades*. Es el caso, entre otros, de los *teletrabajadores* y otros trabajadores *a distancia*, cuyo régimen fue ya sancionado entre nosotros, y el de los *trabajadores de plataforma*. Junto a esos problemas de identificación se generalizan los contratos de trabajo *atípicos* dando lugar a un proceso de *desestandarización contractual* y se profundizan de ese modo las dificultades para el reconocimiento de la naturaleza de los vínculos.³

Por todo ello, ese concepto de *dependencia laboral* como calificador *inclusivo/excluyente* para identificar la pertenencia al centro de imputación del derecho del trabajo parece en trance de perder su condición de único criterio de acceso al sistema de protección. Es en ese marco que aparecen nuevas modalidades de reclutamiento del trabajo humano también distantes de aquella histórica *tipicidad*; y es notable que buena parte de ellas procuran para ello ampararse en ese tipo de vínculos que no definen con claridad el tipo de relación que media entre quien presta el servicio y quien lo recibe. Se vislumbra, de modo algo menos nítido, otro efecto sobreviniente como sería el de la *segmentación y pluralización de los regímenes de protección laboral*, en cuyo marco el del tradicional *trabajador subordinado* que venimos de evocar –es el que en especial consagran la mayor parte de los ordenamientos laborales– *habrá de constituir solo una categoría más*

3. Esas atipicidades son también atribuibles a las tendencias de “huida del Derecho del Trabajo” (trabajo “en negro”, fraude y simulación, interposiciones y descentralización productiva, individualización (huida del Derecho Colectivo), el recurso –real o artificial– al *trabajo independiente*, la *desestandarización*). En la concepción de esta idea de la “huida del derecho del trabajo”, véase M. Rodríguez Piñero, “La huida del derecho del trabajo”, en *Relaciones Laborales*, Madrid, 1992, p. 85.

entre algunas otros y ya no la única y virtualmente excluyente, pues v.gr., y por ahora, podrían sumarse otras –y sus respectivos estatutos normativos– como los ya evocados de los *teletrabajadores* o, más ampliamente, trabajadores “a distancia”, los *trabajadores reclutados por medio de plataformas informáticas*,⁴ los autónomos (¿solo los económicamente dependientes?), y otros por venir. Y es altamente posible que una cantidad apreciable de ellos requerirán otros tantos regímenes legales, en especial si por sus aún impredecibles especificidades no pudieran quedar encuadrados en las normas del vigente sistema de protección del trabajo humano.

I. Otra morfología estatutaria

Como en los casos del teletrabajo y de los trabajos de plataformas, no se trataría de los ya evocados estatutos sectoriales, sino de *regímenes de otra morfología estatutaria*, cuyos destinatarios se definirían por la utilización de las tecnologías de la comunicación, del procesamiento de la información, de los modos de reclutamiento y de prestación.

Si así sucediere, ha de perder vigencia, como de hecho ya sucede, la lógica histórica de la existencia de un único régimen de protección para todos los trabajadores subordinados –el tradicional derecho del trabajo– que evolucionaría en el sentido de incluir en lo sucesivo una pluralidad de regímenes normativos que contendrían normas distintas para categorías diversas, lo que implicaría una forma de segmentación de la tutela y pluralización de los regímenes de protección del trabajo. Se *resquebrajaría de ese modo aquella lógica histórica de la virtual “unicidad reglamentaria” que tuviera centro de imputación en una única y dominante categoría como lo fuera hasta no hace mucho la del trabajo subordinado*. No es desdeñable, entonces, la hipótesis de que el ordenamiento laboral pueda estar evolucionando en tal caso en el sentido de la *diversificación creciente de sus contenidos*, concibiendo normas y estatutos distintos para categorías diferenciadas –una forma, como queda dicho, de *pluralización o segmentación tutelar*– adquiriendo por ello una nueva conformación.

4. Consideré el tema en “Los Trabajadores de Plataforma y su regulación en Argentina” Signatura: LC/TS.2020/44 74 p. Editorial CEPAL junio 2020, distribución y logística asistidas, por otra parte, por las formas también digitalizadas de venta de los productos.

II. Tendencia de pluralización

A aquella tendencia se suma una segunda línea pluralizadora, la de ciertos *trabajadores autónomos*, que han estado hasta ahora al margen del sistema de protección. Son aquellos que prestan personalmente sus servicios, escasa o nulamente dotados de recursos de capital y sin el auxilio de terceras personas. Como quedó en evidencia en la pandemia, soportan las más altas condiciones de desprotección y están sujetos al brutal dilema del “*work or lose your income*” (“trabaja o pierdes tus ingresos”) de modo análogo a cuanto sucede con los trabajadores informales.

Esos trabajadores son autónomos *desde el punto de vista legal*, pues no están subordinados a sus dadores de trabajo. Pero no lo son en un número significativo de casos *desde una perspectiva económica*, en aquellos casos en que buena parte de sus ingresos –cuando no la totalidad– depende de un único cliente y dador de trabajo. *Esos y otros trabajadores autónomos* que prestan personalmente sus servicios escasa o nulamente dotados de recursos de capital y sin el auxilio de terceras personas conforman, como queda dicho y lo puso en evidencia la pandemia del Covid-19, uno de los sectores más desprotegidos de los sistemas de la producción y los servicios.⁵ Resta, desde luego, discernir cómo será el estatuto de regulación de esos trabajadores que, como categoría diversa a la de los *trabajadores subordinados*, seguramente no tienen los mismos requerimientos de protección laboral. Si bien esa tarea de discernimiento no constituye el objeto de esta reflexión, se impone como evidencia adicional que *bien distinto será el tratamiento de la relación de trabajo cuando se pueda reconocer en ella un dador de trabajo que detente un poder contractual superior al del prestador*, respecto de esos otros casos en que tal desigualdad no se manifieste, o no se pueda constatar que en efecto ocurre. En aquel supuesto no parece necesario pretender que existe allí un vínculo de dependencia sino, más ampliamente, un fenómeno de *desigualdad contractual* que deberá tener el tratamiento consiguiente. Eso dio lugar a regímenes especiales de protección en diversos países (España, Italia, Alemania), bajo la genérica designación de “trabajadores autónomos económicamente dependientes”.

5. Conf. Patrick Belser, ILO Senior Economist, Geneva, (ILO news) March 30, 2020, “COVID-19 cruelly highlights inequalities and threatens to deepen them”.

Esta distinción y aquella de los estatutos de nueva morfología son los puntos iniciales del *proceso de doble sendero* de la segmentación tutelar que parece estar en curso.

III. Derecho en expansión

Hoy se percibe, en efecto, que las diversas manifestaciones del trabajo se ordenan, más bien, en un espectro plural, en el que *subordinación y autonomía plenas* no son más que instancias terminales o extremas de un *continuum* en formación. Se trata de un *derecho del trabajo nuevamente en expansión* que abarca mucho más que el trabajo subordinado pero que incluye a este último, que no perderá en lo inmediato su condición dominante.

De ese modo, luego del recordado primer trayecto expansivo del sistema de protección, habilitado por la *estilización* y consecuente mayor capacidad abarcativa de la idea de *dependencia como calificador inclusivo-excluyente*, aquel proceso de *resquebrajamiento de la unicidad reglamentaria* y consiguiente *segmentación y pluralización del régimen de protección del trabajo y agregación de nuevos estatutos* podría estar albergando una *nueva tendencia expansiva* –un derecho del trabajo de mayor alcance– que si bien no prescindiría del concepto de *dependencia como calificador inclusivo*, sí estaría desembarazándose del mismo como calificador *excluyente* (hasta ahora, la ausencia de la dependencia excluía del sistema de protección). La *dependencia laboral* configuraría una de las categorías y ya no la única ni necesariamente la determinante central de pertenencia al sistema de tutela. En ese proceso expansivo del sistema de protección del trabajo humano, el tradicional trabajo *subordinado* – y la categoría que lo define– de ningún modo desaparece e incluso seguirá siendo por un tiempo impredecible, en tanto es el centro de imputación de uno de los estatutos, mayoritario y de algún modo (tal vez decreciente) el estatuto dominante. El sistema de protección, hasta ahora encorsetado en torno del concepto de dependencia laboral, no parece renunciar a él, pero tampoco acepta quedar a él confinado. Otros estatutos pueden albergar la posibilidad de incluir el vínculo de dependencia, *pero también formarán parte del sistema de protección aun al margen de ese vínculo*. En otras palabras: el derecho del trabajo parece reorganizarse para acoger a todos los que viven de su trabajo personal y en tal condición necesitan protección.

En cualquier caso, el derecho del trabajo en expansión parece incluir también un esquema básico y generalizado de tutela –una suerte de derecho mínimo y común del trabajo– que incluye la *Garantía Laboral Universal* postulada de modo harto sugerente en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, los *Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT* (libertad sindical, prohibición del trabajo infantil, prevención de la discriminación y del trabajo forzoso, entorno seguro y saludable), y los demás componentes regulatorios propuestos como parte de aquella Garantía Laboral Universal (condiciones de trabajo básicas, salario vital adecuado, límites a las horas de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo). Todo ello, junto a los ya recordados derechos personalísimos o inespecíficos de las personas en el trabajo, estos últimos producto de la jurisprudencia y también de la legislación, definitivamente incorporados al plexo tutelar.

Estaríamos pues rumbo a un sistema más complejo que no se limita al trabajo dependiente sino a todas las manifestaciones del trabajo personal *pero que se estructura en torno de una construcción de pluralidad estatutaria y, por lo tanto, incluyente de diversos regímenes.*

Bibliografía

- Baylos, Antonio, en “Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo”, en *Revista de Derecho Social* N° 1, p. 11, Ed. Bomarzo, Albacete.
- Belser, Patrick, ILO Senior Economist, Geneva, “COVID-19 cruelly highlights inequalities and threatens to deepen them”, (ILO news), March 30, 2020.
- Cabezas, Jaime, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2020.
- Davidov, Guy, “Collective Bargaining Laws: Purpose and Scope”, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 20, pp. 81-106, 2004, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=554823>
- Deveali, Mario, *El trabajo en su aplicación y sus tendencias*, Tomo 1, p. 181, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.
- Foucauld, Jean-Baptiste de, “Société post-industrielle et sécurité économique”, en *Le travail en perspectives* (sous la direction e Alain Supiot) LGDJ, Toulouse, 1998.

- Freedland *et al.* (Nicola Contouris, Valerio De Stefano, Keith Ewing and Mark Freedland) “Covid-19 Crisis makes clear a new concept of *worker is overdue*”, en *Social Europe*, 9 de abril de 2020, accesible en <https://www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue>
- Freedland, Mark and Nicola Countouris, “The Legal Construction of Personal Work Relations”, en *Oxford Monographs on Labour Law*, OUP, 2012.
- Giugni, Gino, *Diritto del lavoro*, pp. 11 y 21, citado por Humberto Podetti en *Un destino para el derecho del trabajo*, DT 1997-B, p. 1713.
- Goldin, Adrián, “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, en *Relaciones laborales*, revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, N° 1, Madrid, 1996, pp. 340-348.
- “Las fronteras de la dependencia”, en *Relaciones laborales*, revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, N° 2, Madrid, 2001, pp. 311-332. El tercero de ellos fue publicado algún tiempo después bajo el título “Las Tendencias de transformación del Derecho del Trabajo”, Abeledo Perrot (Monografías), Buenos Aires, 2002.
- “Los Trabajadores de Plataforma y su regulación en Argentina”, Signatura: LC/TS.2020/44 CEPAL junio, 2020, 74 p.
- “Sur les droits du travail en Amérique latine. Évolution et perspectives”, en *Le Travail au XXI Siècle*, Livre du centenaire de l’Organisation internationale du travail sous la direction de Alain Supiot, Les Éditions de l’Atelier, Ivry-sur-Seine, 2019, pp. 236-239.
- “Informe Supiot”, en *Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Ed. Flammarion, Paris, 1999.
- Lianos, I., Countouris, N. y De Stefano, V., Rethinking the competition law/ Labour Law interaction. Promoting a fairer labour market, en *Centre for Law, Economics and Society*, research paper 3/2019, London, 2019, p. 6.
- Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, p. 42.
- Montoya Melgar, Alfredo, El futuro de la subordinación en la evolución del Derecho del Trabajo, en *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l’avvento de nuove forme di lavoro*, Fondazione Giulio Pastori, Diritto e politiche del lavoro, Franco Angeli.
- Pelissier, Jean, Supiot, Alain et Jeammaud, Antoine, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 20 Edición, 2000.

- Rawling, Michael and Kaine, Sarah, “A new definition of *worker* could protect many from exploitation”, en *The Conversation*, February 13, 2018. <https://theconversation.com/a-new-definition-of-worker-could-protect-many-from-exploitation-91083>
- Ray, Jean-Emmanuel, “De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail”, en *Droit Social* 7/8 julio/agosto 1995, p. 647.
- Riechmann, Jorge, “El trabajo como dimensión antropológica (y como mediación entre la naturaleza y sociedad)”, en *Ecología política*, N° 40, 2010, pp. 22-34.
- Rivas, Daniel, *La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de la República y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, *La huida del derecho del trabajo*, Relaciones Laborales, Madrid, 1992.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, “Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, IDP, N°28, 2019.
- Romagnoli, Umberto, “¿Quién representa a quién?”, en *Relaciones Laborales*, N° 14/15, Madrid, 1988, p. 11.
- Schumacher, Edward, *El Buen Trabajo*, Ed. Debate, Madrid, 1980.
- Spyropoulos, Georges, “El futuro de los sindicatos”, en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, N° 7, p. 43 y ss.
- Sychenko, Elena, “The Peculiarities of Telework in Post-Soviet Space: Russia, Kazakhstan, Belorussia, and Ukraine”, May 8, 2018 publicado en *Dispatch* N° 7, <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>
- Treu, Tiziano, “Diritto del lavoro” (voce per il Digesto 2000) DLRI N° 36, 1985, p. 688.
- Valdés dal Re, Fernando, “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, en *Relaciones laborales*, Madrid, N° 20, año XVII, octubre 2001, p. 1.

Algunas reflexiones sobre reformas necesarias y posibles a la legislación laboral vigente

*Miguel Ángel Maza**

Resumen

En esta breve presentación, y en el contexto de posibles cambios políticos que pueden signar el año legislativo próximo, planteo algunas propuestas de reformas a la legislación laboral dirigidas a adaptarla al siglo XXI, y favorecer la creación de empleo por las micro, pequeñas y medianas empresas o, al menos, detener la destrucción de empleos en estas unidades, así como a eliminar algunas inequidades resultantes de normas cuya finalidad legítima se desvirtuó. Asimismo, planteo la necesidad de buscar otros mecanismos para combatir eficazmente la clandestinidad laboral.

Palabras clave: empleo, microempresa, pequeña empresa y mediana empresa, régimen de multas e indemnizaciones, clandestinidad laboral.

* Doctor por la UBA (especialidad Derecho Laboral); Abogado Especialista en Derecho del Trabajo y la Previsión Social por la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Plata; Profesor Titular regular de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA; Director Académico de la Carrera de Especialización en Derecho Laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Social de la Universidad Nacional del Nordeste; ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal; ex Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UBA; autor y coautor de diversos libros sobre la especialidad y de publicaciones monográficas en revistas especializadas; miguelmaza@derecho.uba.ar.

Some Thoughts on Necessary and Possible Reforms to the Labor Legislation Currently in Force

Abstract

In this brief presentation, and in the context of possible political changes that may mark the next legislative year, I present some proposals for reforms to labor legislation aimed at adapting it to the 21st century, favoring job creation by Micro-businesses, small businesses and medium-sized companies or, at least, stop the destruction of jobs in these units, as well as eliminate some inequities resulting from regulations whose legitimate purpose was distorted. I also propose the need to search for other mechanisms to effectively combat labor clandestinity.

Keywords: Employment, Micro-enterprise, Small and Medium-sized Enterprise, Regime of Fines and Compensation, Labor Clandestinity.

I. Introducción

En esta breve presentación voy a plantear algunas propuestas de modificación de la legislación laboral vigente y formularé observaciones críticas sobre el llamado Fondo de Cese o Seguro de Cese Laboral, aunque en ninguno de esos puntos me extenderé en razón de la autolimitación que la edición de este número de la revista *Pensar en derecho* exige.¹

II. Un par de advertencias preliminares

La legislación laboral argentina fue pensada en el siglo pasado sobre la base del mundo de la producción y del trabajo heredado de la Revolución

1. Sin embargo, pueden verse estas y otras ideas desarrolladas más extensamente en el trabajo publicado en la *Revista de Derecho Laboral* 2022-I, p. 17 y ss. de Editorial Rubinzal-Culzoni, bajo el título “Protección ante la contingencia de desempleo o contra el despido sin justa causa. Reflexiones críticas sobre el régimen de protección para el siglo XXI y las posibles causas que conspiran contra la creación de empleo”.

Industrial, que es substancialmente distinto al actual y, por eso, está estructurada en línea con el empleo dependiente en fábricas, comercios, oficinas y el campo. Ello me convence de que las leyes sociales requieren en lo general una revisión crítica para planificar su adecuación y actualización en distintos sentidos.

La segunda advertencia consiste en que, a mi modo de ver, esa revisión, actualización o adaptación no debe, ni puede, desnaturalizar los principios y reglas que definen y delinear el Derecho del Trabajo, pues las garantías nacidas del art. 14 bis de la Constitución Nacional asumen y cristalizan en normas positivas tales principios y reglas.

III. Primera propuesta

Precisamente en relación al cambio global que se ha producido en el mundo del trabajo, en las relaciones laborales y en la estructura de los diversos tipos de empresa, con una reducción muy grande de la empresa típica y una multiplicación de organizaciones medianas, pequeñas y muy chicas –las que generan empleo en nuestro país por encima del 50 % de los puestos disponibles–, creo que hay una necesidad urgente de examinar y atender la lógica y las necesidades de las empresas de menor porte, tan diferentes a la gran organización empresaria que inspirara el modelo de nuestra legislación, y estimo imprescindible hacer foco en lo que podría denominarse la “microempresa”.

Propicio, pues, dictar un completo Régimen de Contrato de Trabajo para Pequeñas y Medianas Empresas y uno diferenciado para las Microempresas, simplificando rigideces, adaptado derechos de los trabajadores y los trabajadores de estas, pero en todos los casos respetando cuidadosamente nuevos niveles de derechos mínimos imperativos que aseguren efectivamente la dignidad de las personas que trabajen bajo dependencia de tales organizaciones.

Pienso que esta propuesta, en primer lugar, introduciría equidad en el modelo de relaciones laborales al no tratar legislativamente de igual modo a una multinacional o una empresa de millonario giro económico que a un almacén, panadería, peluquería o ferretería de barrio, una pequeña librería, un pequeño taller de reparaciones, etc. Pero, por añadidura, aliviar sus costos y cargas burocráticas repercutiría seguramente en la creación de más empleos en sus respectivos ámbitos.

IV. Segunda propuesta

Este segundo punto que voy a presentar como sugerencia legislativa tiene entidad propia pero también se relaciona con la cuestión de los costos laborales que pesan negativamente en la racionalidad y la emotividad de quienes están al frente de –o plantean crear– una pequeña empresa, una mediana empresa o, más aún, una microempresa.

Aludo al tramado de multas, sanciones e indemnizaciones derivado de los arts. 8 a 15 de la Ley 24.013, 1º de la Ley 25.323 y 45 de la Ley 25.345 (modificatorio del texto del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo) que, aunque inspirado en las mejores intenciones, se ha convertido en una pesadilla económica para las pequeñas, medianas y microempresas, pero, además, habilita un uso disfuncional de su legítima finalidad y, lo más importante, ha fracasado como instrumental legislativo para combatir la clandestinidad.

En efecto, tal como lo sostuve en el estudio ya mencionado, la necesaria y moral lucha contra la clandestinidad laboral –absoluta o parcial que recaer sobre la verdadera antigüedad y/o sobre las remuneraciones– siempre fue encarada, sin éxito, hay que admitirlo, mediante una débil y muchas veces enferma corrupción de acción estatal de “Policía del Trabajo” o “Inspección del Trabajo”, por usar la expresión de la OIT. Empero, en 1991 la Ley 24.013 introdujo un cambio esencial sobre la base de conjeturar que, si las sanciones fuesen en favor de la propia persona trabajadora afectada, esta se vería impulsada a requerir su regularización, intimando al empleador a hacerlo, técnica complementada con el otorgamiento de un lapso de varios meses para que los empleadores procedieran, espontáneamente o frente al requerimiento de un trabajador o una trabajadora, a regularizar lo mal registrado.

Treinta y dos años después podemos verificar por los índices de clandestinidad laboral que esa técnica ha sido ineficaz. En rigor, un conocimiento sociológico del fenómeno de la dependencia hubiera permitido prever este fracaso pues las personas dependientes no suelen estar en posición de efectuar esos reclamos mientras el contrato de trabajo está vigente y este fenómeno propio de la subordinación laboral se potencia en contextos de alto desempleo, como los que campean en nuestro país desde la década del 90.

Por otra parte, mi experiencia profesional y tribunalicia me ha permitido percibir un doble uso disfuncional del cuestionado régimen de sanciones. El primero consiste en que casi exclusivamente realizan el emplazamiento de registración o de rectificación previsto en el art. 11 de la Ley 24.013

quienes desean romper el contrato de trabajo o aquellos que advierten que la pérdida del empleo ya es un hecho. Otro uso ajeno a las buenas intenciones del Congreso Nacional, afortunadamente marginal, consiste en la tentación de la persona que busca romper el contrato o que sabe que va a ser despedido de darle pie a un reclamo exagerado con el simple recurso de afirmar falsamente que ingresó en fecha anterior a la registrada o que percibía una parte de sus retribuciones en forma clandestina.

Es que las reglas de la Ley 24.013 a las que critico permiten plantear reclamos económicos desproporcionados en comparación con las reparaciones por preaviso omitido y por despido arbitrario y hasta duplicar a estas últimas.

Sostengo, pues, que es hora de admitir la ineficacia de la técnica adoptada en 1991 y centrar el ataque a la clandestinidad laboral en un uso eficiente y eficaz de las herramientas del Servicio de Inspección de las respectivas autoridades administrativas del trabajo, que deben ser fortalecidas, y desarticular, de paso, uno de los mecanismos de encarecimiento artificioso de los reclamos laborales que, por otro lado, puede resultar falsa para la subsistencia de una micro, pequeña o mediana empresa, así como resulta disuasoria de todo deseo de aumentar en estas el número de empleadas y empleados.

Remarco enfáticamente que mi sugerencia no promueve la derogación de los castigos a los empleadores que mantengan vínculos laborales en la clandestinidad, de los que registran solo después de unos pocos o muchos meses ni de los que pagan parte de los salarios en la informalidad ni esconde tolerancia alguna contra esas prácticas social, legal y jurídicamente reprochables.

V. Crítica a los Fondos de Desempleo

Cuestionaré los fondos o seguros de desempleo como sustitutos del art. 245 LCT, sin perjuicio de mejorar el subsidio por desempleo de la Ley 24.013 pero solo para trabajadores que no cobraron indemnización por despido en forma coetánea a la extinción del vínculo contractual.

VI. Tercera propuesta

Como lo expuse en el punto anterior, nuestra Constitución nacional, desde la sanción del art. 14 bis en 1957, manda a las leyes proteger

a las trabajadoras y trabajadores del ámbito privado “contra el despido arbitrario”.

Pues bien, al respecto creo que la reglamentación que el Congreso Nacional hizo de esa protección en 1974 mediante la Ley 20.744, ratificada en lo fundamental por la Ley 25.877 de 2004 (aunque reduciendo el derecho a la reparación mínima), es hoy, a casi medio siglo de ese hito legislativo, insuficiente.

En primer lugar, creo que la tarifa del art. 245 LCT, en cuanto solo considera la antigüedad y la remuneración de la persona arbitrariamente despedida, luce anacrónica si se tiene en cuenta que a mediados de los 70 en el país se gozaba de una situación de cuasi pleno empleo, en cuyo marco la pérdida del empleo provocaba presumiblemente menores daños y perjuicios que los que se derivan en un contexto de desempleo elevado y estructural. Pero, por añadidura, para personas de más de 45 años esa contingencia suele constituir un drama social ya que las posibilidades de volver a conseguir trabajo o de obtenerlo de una calidad similar al empleo perdido son muy remotas.

Por eso propongo mejorar la tarifa resarcitoria cuantitativamente pero, sobre todo, introduciéndole equidad mediante la agregación del factor etario, del mismo modo que la tarifa reparatoria del art. 8 de la Ley de Accidentes del Trabajo 9.688 fue mejorada con la introducción del “coeficiente de edad”.

Asimismo, dado que la Constitución nacional ordena a las leyes “proteger contra el despido arbitrario”, parece evidente que una indemnización cobrada varios años después de la pérdida del empleo no protege contra el hecho de ser víctima de un despido injustificado, arbitrario y, muchas veces, irreflexivo. Ante ello veo de clara necesidad que la ley exprese –o que la jurisprudencia así lo interprete– que el despido sin justa causa imputable a la trabajadora o el trabajador solo tenga efectos extintivos con el depósito o pago de la indemnización correspondiente.

No se me escapa que esta regla podría ser fácilmente eludida por los empleadores mediante la invocación de una falsa causal, pero esa artimaña puede ser desarticulada, también con facilidad, por los Tribunales mediante un ejercicio más generoso y severo de las herramientas legales que les permiten calificar como temerarias y/o maliciosas sus conductas en juicio.

El mismo anacronismo histórico me lleva a propiciar que el régimen del preaviso sea adecuado al contexto de desempleo elevado y estructural ya mencionado.

VII. Conclusiones

Creo que la situación social, económica e institucional del país, así como los profundos cambios que el mundo productivo y prestador de servicios está evidenciando a un ritmo logarítmico, requieren discutir en el Congreso Nacional adaptaciones normativas y cambios que coadyuven a sostener a las micro, pequeñas y medianas empresas, así como a estimular la creación de nuevos empleos. Paralelamente, pienso que es hora de probar otros instrumentos para combatir eficazmente la clandestinidad laboral y desarmar un régimen de multas e indemnizaciones que se ha mostrado ineficiente luego de más de tres décadas de vigencia.

Bibliografía

- De la Fuente, H. H., *Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1976, p. 11 y ss.
- Sudera, J. A., “La indemnización tarifada del art. 245 de la LCT”, en AAVV, Mario E. Ackerman (dir.), *Jurisprudencia Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación comentada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2019, Tomo I, p. 513 y ss.

El intervencionismo estatal en la negociación colectiva: sobre la representación empresaria y la homologación de convenios colectivos de trabajo

*Juan Pablo Mugnolo**

Resumen

La intervención estatal ha sido y es una característica del sistema argentino de relaciones colectivas de trabajo. Desde una perspectiva crítica se analizarán los efectos nocivos para la autonomía colectiva que como consecuencia del intervencionismo estatalista se constatan al momento de determinar la representación empresarial en la negociación colectiva y luego al homologar el convenio colectivo acordado por las partes.

Palabras clave: Estado, intervencionismo, empresarios, negociación colectiva.

State Interventionism in Collective Bargaining: About Employers representation and the Approval of Collective Bargaining Agreements

Abstract

State intervention has been and is a characteristic of the Argentine system of collective labor relations. From a critical perspective, the harmful

* Profesor Titular de Catedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho (UBA); Profesor de Cátedra en la Universidad de San Andrés; Doctor en Derecho por la Universidad de Granada; juanmugnolo@derecho.uba.ar.

effects on collective autonomy, because of state interventionism, affects the determining of the employer's representation in collective bargaining but also the approbation of collective agreement.

Keywords: State, Interventionism, Employers, Collective Bargaining.

I. Introducción

La negociación colectiva, como instrumento contractual de canalización de los intereses de trabajadores y empresarios, persigue muy variados objetivos que podrían concentrarse en dos líneas analíticas o explicativas.

De un lado, una línea específicamente económica¹ que discurre tras la búsqueda de mayores dosis de flexibilidad en la normativa laboral bajo el sobreentendido de que la regulación autónoma es más ágil y propicia para eventuales adaptaciones y cambios tecnológico-productivos, persiguiendo la aproximación de las reglas a las características y los problemas específicos de cada ámbito, especialmente a los de cada empresa.² Desde dicha óptica, la negociación colectiva aparece funcional a las necesidades cambiantes del mercado o, mejor dicho, del sistema productivo en una economía de mercado. De este modo ha ido abandonando su rol meramente reivindicativo de mayores beneficios para sus destinatarios, lo que suponía la consecución de intereses contrapuestos entre las partes, para ir asumiendo un mayor protagonismo, lo que se ha dado en llamar “negociación colectiva de gestión”.³

De otro lado se destaca una línea que he definido como política –en sentido amplio– en la que la negociación colectiva aparece procurando

1. En el sentido de la gráfica definición de “corazón de las relaciones industriales”, traída por Valdés Dal Re de P. Merli Brandini, “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, en *Prospettiva Sindicale*, 1980, N°1, p. 16.

2. Cfr. García Murcia, Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, pp. 25-26.

3. Vid. Monereo Pérez, José Luis, *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 272; Vid. Rey Guanter, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, en *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 23.

trasladar a la vida económica los principios propios del pluralismo social⁴ y profundizando la democratización en las relaciones laborales,⁵ matizando así la imposición unilateral que pueda provenir desde el Estado, en función a su capacidad de intervención normativa, o desde el empresariado como acción casi natural dada por su estatus de superioridad contractual.

Tanto se trate de la prosecución de la ordenación o reglamentación del mercado de trabajo como de la regulación del poder negocial o contractual en clave plural, la negociación colectiva permite potenciar la reorientación de dicha fuerza instrumental hacia necesidades específicas de normación de las relaciones laborales. Dicha ductilidad que posee la negociación colectiva la convierte en un instrumento eficiente a fin de regular el complejo y diverso campo de las condiciones según los diferentes niveles de negociación (empresa o grupo de empresas, actividad, región), en torno a múltiples temas o contenidos (gestión micro/macroeconómica, reconversión industrial, productividad) y ante diversos contextos (crecimiento económico, recesión, desempleo, inflación).

La mentada adaptabilidad o maleabilidad que exhibe la negociación colectiva requerirá, para una exitosa gestión, una sofisticada intervención ordenadora que desde la autonomía colectiva o bien desde la acción unilateral estatal propicie “reglas” que rijan su proceso y garanticen su eficacia normativa.

Dadas las características propias de nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, la acción unilateral estatal se propone como la instancia principal, si no única, en lo que a la ordenación de la negociación colectiva respecta; fenómeno que no solo tributa a un sistema de relaciones colectivas de trabajo altamente intervenido por el Estado, sino también a una nula iniciativa en tal sentido por parte de los empresarios y sindicatos que, en definitiva, la explica.

En función de dicha preponderancia regulatoria heterónoma sobre la negociación colectiva, procuraré en este breve ensayo jurídico identificar

4. En palabras de Valdés Dal Re, “permite a los trabajadores proteger sus intereses mediante medidas de autorregulación y representación”, Cfr. Valdés Dal Re, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 15.

5. En tanto y en cuanto habilita la posibilidad de intervenir en la adopción de las decisiones que fijan su condición social; Cfr. OIT, “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973, p. 14.

algunos aspectos que demandarían una revisión del legislador a fin de potenciar la eficiencia y eficacia normativa del sistema de relaciones colectivas de trabajo.⁶

II. Anomia en la representatividad de la representación empresaria en la Negociación Colectiva

En lo que respecta a la intervención estatal sobre la organización colectiva empresaria, cabe mencionar que en la secuencia legislativa argentina se produce un fenómeno que Ermida Uriarte denominó de asimetría, ello es, una alta reglamentación heterónoma (reglamentarista, limitadora y restrictiva) dirigida a los sindicatos de trabajadores que se manifiesta de manera inversamente proporcional para con las organizaciones de empleadores.⁷ En tal virtud, resultará difícil detectar una regulación demasiado específica sobre las organizaciones de empleadores, incluso en aquellos países donde las experiencias corporativas han sido más intensas.⁸

Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en lo atinente a la intervención estatal vía el establecimiento de reglas heterónomas sobre legitimidad y representatividad donde las acciones de política jurídica han sido un tanto más activas.

En muchos casos, la representatividad de los sujetos empresariales se explica ya no solo ante la necesidad de contar con un sujeto colectivo legitimado para actuar de manera eficaz (con representación suficiente) en la negociación colectiva sino que también puede constituirse en un requisito o técnica para dotar de eficacia general a los convenios colectivos

6. Sistema al que, tomando a Goldin, he caracterizado como aparato productor de normas en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Mugnolo, Juan Pablo (dir.), Caparrós, Lucas y Golman, Martín (coords.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 60.

7. Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, *La negociación colectiva en América Latina*, Trotta, p. 109.

8. Como ejemplo típico podemos destacar las experiencias corporativas que desde mitad de siglo en América Latina han tenido fuertemente las relaciones laborales hasta estos días –destacamos el Brasil de Getulio Vargas y la Argentina, con la Ley 14.295 de asociaciones de empleadores (1954-1955) que establecía parámetros para la constitución de organizaciones empresariales que eran necesarias para actuar de contraparte del sector sindical durante el gobierno de Juan Domingo Perón como las más significativas con sus matices.

supraempresariales. En la experiencia argentina, las opciones legislativas en materia de representatividad de las organizaciones empresarias se han enfocado principalmente en atender prioritariamente las pretensiones negociales del sujeto sindical que en materia de estructura de la negociación colectiva demandaban la existencia de su contraparte para el negocio jurídico y que el Estado se ocupaba de garantizar.

La Ley 14.295 de asociaciones de empleadores (1954-1955) procuró atender dichas demandas sindicales. Tanto así que establecía parámetros para la constitución de organizaciones empresariales en clara concordancia con la representatividad dada a la parte sindical mediante la técnica de personería gremial (donde se priorizaban las asociaciones por sobre los grupos dispersos). No obstante, la existencia de parámetros ha sido un hecho destacable pero aislado de nuestra secuencia histórica normativa,⁹ pues durante el resto de tiempo de vigencia de la actual Ley 14.250, la selección y elección del representante patronal se vio supeditada al accionar discrecional del Ministerio de Trabajo, cuyos criterios objetivos se mantuvieron ausentes, sin tratamiento normativo.¹⁰

Paradójicamente, esa ausencia de normas que regulasen la representatividad y legitimidad negocial de las organizaciones empresarias no fue un obstáculo para la negociación supraempresarial, pues la ausencia de regulación sobre “los parámetros” legitimantes para convertirse en sujeto negocial apto no significó la no intervención estatal, sino que, por el contrario, justamente la ausencia de esos parámetros objetivos generó un amplio margen para la acción discrecional de la autoridad administrativa laboral (estatal). Semejante margen para intervención estatal, contenido en la política jurídica, responde a la necesidad histórica y sistémica de garantizarle al sujeto sindical la certeza de contraparte frente a sus necesidades o expectativas negociales.

9. Dicha norma establecía como parámetros para determinar la mayor representatividad del sector, en su art. 24 y en el art. 14 del decreto 6582/54: a) el número de trabajadores ocupados por esos empleadores, y b) la importancia económica de las empresas representadas. La mentada regulación estatal duró muy poco tiempo y fue reemplazada por una ausencia absoluta de parámetros legales que reglasen la dotación de representatividad y su consecuente correspondencia con las aptitudes negociales del sector empresario.

10. Cfr. Fernández Humble, J. C., “Tendencias en la intervención del Estado en la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AADTSS, Tomo II, Buenos Aires, 1994, p. 13.

Dicha situación anómica respecto al establecimiento de parámetros objetivos a fin de determinar la representatividad y aptitud negocial de las organizaciones empresarias intentó ser resuelta por primera vez y luego de muchos años por la Ley 25.250 (2000).¹¹

La actual normativa, fruto de la última reforma laboral producida en el año 2004, posee un claro criterio intervencionista en la determinación del sujeto negociador por el sector empresario habilitando la intervención del Ministerio de Trabajo para aquellos casos en que hubiese dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención colectiva o que la existente no pudiese ser calificada de suficientemente representativa o que no hubiere ninguna, siguiendo los parámetros que establecerá la reglamentación.¹²

El contenido del artículo 2° de la Ley 14.250, claramente restrictivo del campo de acción de la autonomía colectiva, se corresponde con las líneas de política jurídica o legislativa que, salvo en algunas excepciones, tradicionalmente han discurrido la vía intervencionista estatal que se mantiene hasta estos días. Idéntica filosofía inspiró aquellas normas legales que contemplan situaciones en que se generen conflictos en la conformación de la unidad de contratación y también sobre las pautas para su resolución. Dicho artículo consigna que la autoridad de aplicación establecerá la representación del sector empresario en aquellos casos en que hubiese dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención colectiva o que la existente no pudiese ser calificada de suficientemente

11. En la reforma operada en el año 2000 (ley 25.250) se pueden hallar excepciones a dicha política intervencionista. Así, el artículo 6° de la ley 25.250 reemplazó el artículo 2° de la ley 14.250 por un texto en el cual se salía de la lógica que le atribuía al Ministerio de Trabajo amplias facultades para establecer la representación de la parte empleadora, el porcentaje de empleadores y trabajadores aparecía como excesivo y de difícil cumplimiento. *Vid.* Fernández Humble, J. C., “Unidad de negociación. El nuevo artículo 2° de la ley 14.250 (ley 25.250) y su reglamentación”, en *Derecho Laboral*, número extraordinario *La reforma laboral II - ley 25.250*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, julio de 2000, p. 137 y ss.

12. Oportunamente, a tres años de la sanción de la ley 25.877, señalé con preocupación la ausencia de reglamentación que establezca parámetros objetivos para determinar la unidad de representación del sector empresario; Cfr. Valdés Dal Re, F. y Mugnolo, J. P., “La estructura de la negociación colectiva”, en AA VV, *Relaciones Colectivas de Trabajo*, Mario Ackerman (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 163.

representativa o que no hubiere ninguna, siguiendo los parámetros que establecerá la reglamentación. Reglamentación que hace 19 años espera su aparición en el campo jurídico.

El vacío legal generado por la ausencia de la norma reglamentaria que establezca parámetros objetivos a fin de determinar la representación empresarial no pareciera habilitar a la autoridad administrativa del trabajo a actuar discrecional ni arbitrariamente y, menos aún, que dicha discrecionalidad no pueda incluso resultar antijurídica en tanto vulnerable de la autonomía colectiva,¹³ componente de la libertad sindical garantizada constitucionalmente. La autoridad administrativa del trabajo, ante el mencionado contexto de ausencia de parámetros, solo podría haber apelado a los parámetros establecidos en el artículo 2º de la Ley 14.250.

El amplio margen de discrecionalidad garantizado por aquella ausencia de reglamentación, tomando en cuenta los tiempos transcurridos y los antecedentes históricos en la materia, constituye más bien una decisión –“por abstención”– de política jurídica en materia de relaciones colectivas del trabajo que debe imperiosamente ser revisado. La intervención administrativa sin márgenes legales que delimiten su accionar pone en peligro la autonomía que las partes ostentan para la discusión y concreción del negocio colectivo, y le agrega una fuerte dosis de imprevisibilidad jurídica que, a la larga, desgastará la eficacia del sistema de negociación colectiva. Dicha anomalía requiere una intervención legislativa que devuelva seguridad jurídica y garantice la eficacia de la negociación colectiva.

III. Intervencionismo estatal y autonomía colectiva en la homologación de convenios colectivos de trabajo

En el sistema de negociación colectiva argentino, los convenios colectivos adquieren eficacia general “desde el momento de su homologación” tal como lo establece la ley. La doctrina ha receptado y reproducido sin una revisión crítica dicha construcción jurídica que pone en cabeza del Poder

13. *Vid.* Caparrós, Lucas J y. Golcman, Martín F., “La intervención del Estado en la determinación de los sujetos colectivos negociadores y las medidas cautelares como alternativa tutelar. A propósito de la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado”, DT2013 (noviembre), 2820, Cita Online: AR/DOC/3578/2013.

Ejecutivo la facultad exclusiva de dotar de efectos *erga omnes*. La aceptación sin más de dicha construcción legislativa, tanto desde la academia como desde la acción jurisdiccional, sin dudas se explica en el contexto histórico e internalizado de un sistema de relaciones colectivas de trabajo intensamente intervenido por el Estado, al cual se tributa ya casi sin matices.

Dicha “tesis” sostiene que la eficacia general que adquieren determinados convenios colectivos de trabajo radica en aquella intervención estatal que a través del PEN (MTSS), tras el mero dictado de un acto administrativo, le otorga el efecto *erga omnes*.

Mi hipótesis, probablemente equivocada, sostiene que la eficacia general del Convenio Colectivo de Trabajo tiene origen en “otra” diferente intervención estatal que, *ex ante*, legitima a aquel sindicato con mayor representatividad al que, en tal virtud, se le reconoce el derecho exclusivo de negociar convenios con efectos *erga omnes*. Siguiendo dicha línea interpretativa, resultaría más razonable argumentar que la eficacia general de un convenio colectivo de trabajo radica en que el sujeto que negocia lo hace en la representación del interés colectivo¹⁴ cuya irradiación alcanza a todos los trabajadores involucrados en la actividad u oficio del que se trate. Sería pues ello lo que explica que, en virtud de esa acción sociológico-política *ex ante* anterior, el Estado intervenga *ex post* a fin de, reconociéndola, simplemente “legitimarla” jurídicamente (o juridificarla).

En atención a lo hasta aquí planteado, el rol de la homologación en el sistema legal argentino cumple la acotada misión de controlar la legalidad de las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo.

En primer orden, cabe señalar que ese otorgamiento de rol de sujeto negociador exclusivo al sindicato más representativo se encuentra en línea con las posiciones sostenidas por los Órganos de Control de la OIT.¹⁵ En segundo orden, y en una misma línea tributaria del principio de libertad sindical, no puede soslayarse que la intervención gubernamental que se produce cuando el Estado ejerce el control de legalidad, y más aún el control de oportunidad, como estadio necesario para la homologación de un convenio colectivo de trabajo, definitivamente contradice lo sostenido por los

14. Vid. Seren Novoa, Guido, *Interés Colectivo y Sindicato*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2023.

15. Cfr. Bernard Gernigon; Alberto Otero y Horacio Guido, “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119 (2000), núm 1.

Órganos de Control de la OIT, quienes subrayan que dicha facultad deber residir en cabeza de un organismo independiente.¹⁶

El control de legalidad, no obstante, al estar en manos de una autoridad administrativa gubernamental en clara contradicción con lo expresado por los Órganos de Control de la OIT, ha demostrado además una inculcable ineficacia para cumplir el rol de revisión sobre sus contenidos como condición para la homologación y, en no pocas oportunidades, ha priorizado las necesidades del o los sujetos negociadores y las demandas políticas que en clave de “gobernanza” fueron y son ejercidas desde las instancias gubernamentales.¹⁷

Respecto al control de oportunidad, el cual aparece ya desde la primera versión de la ley de negociación colectiva en el país (Ley 14.250 de 1957), siempre implicó una confirmación del poder homologatorio estatal en tanto se reserva para el gobierno un instrumento susceptible de limitar la entrada en vigor de determinado convenio colectivo (con eficacia general) cuando aquel entendiera que los contenidos convencionales afectasen los aspectos generales de la economía.¹⁸ Se trata de una construcción de política jurídica

16. La homologación aparece vulnerando el Convenio 98 de la OIT sobre derecho de sindicación y negociación colectiva ratificado por la Argentina en el año 1956, y según lo señalado por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, “un sistema de homologación sólo es admisible en la medida de que ésta no pueda ser rehusada más que por cuestiones de forma, o bien en el caso de que las disposiciones del convenio colectivo no estuvieran de acuerdo con las normas mínimas establecidas por la legislación general. Las autoridades de manera general deberían abstenerse de intervenir para modificar el contenido de los acuerdos colectivos libremente pactados”. *Vid.* Von Potobsky, Gerardo, “El contrato de trabajo y negociación colectiva en la reforma laboral”, en *La reforma laboral, ley 25.2250, Revista Laboral*, Rubinzal-Culzoni, p. 73.

17. Una muestra justamente de dicha ineficacia se ha detectado en el mal ejercicio que los gobiernos han llevado a cabo al ejercer el control de legalidad previo al acto homologatorio. En no pocas ocasiones el Ministerio de Trabajo ha homologado convenios colectivos cuyos contenidos contrariaban la ley mínima laboral, por ejemplo, al permitir la incorporación al texto convencional de sumas de carácter no remunerativas más allá de las taxativamente permitidas por la ley.

18. Esa justificación del control administrativo relativiza la importancia que algunas normas legales le adjudicaron a la homologación obligatoria de los convenios colectivos de empresa pues, al limitarse la regulación a un ámbito reducido del mercado, no resulta tan clara la afectación sobre aspectos generales de la economía que pudieran tener cuando los efectos de su entrada en vigencia se limitan al ámbito de un empleador.

que supedita la dotación de la entrada en vigencia de los convenios colectivos a una intervención estatal oteadora,¹⁹ que amenaza con disciplinar a los sujetos negociadores ante sus eventuales desviaciones respecto del proyecto económico-político gubernamental.²⁰

Si bien ha habido desde entonces ciertas acciones reformistas con miras a limitar el poder de la administración del trabajo en lo que al control de oportunidad respecta, lo cierto es que siempre los gobiernos expusieron su reticencia a desprenderse de dicha facultad legal de control estatal. Ejemplo de ello ha sido la última reforma del año 2004 que mediante el artículo 11 de la Ley 25.877 modificó la redacción del artículo 4° de la Ley 14.250, recogiendo los señalamientos de la OIT,²¹ y si bien fue suprimida la referencia a pautas de oportunidad o conveniencia para que la homologación sea precedente –también altamente cuestionado por la OIT–, la nueva redacción de artículo 4° de la Ley 14.250, sin embargo, alude a que las cláusulas no “afecten al interés general” como condición para que sean aprobadas por la autoridad administrativa. Dicho *interés general* aparece como un dato sujeto a valoración por parte de la autoridad administrativa, lo cual pareciera tributar a la ya mencionada reticencia estatal por desprenderse de la facultad de controlar la “oportunidad” de lo acordado por las partes en libertad.²²

19. Solicitud directa que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT dirigió al Gobierno argentino, referente a la homologación de los convenios de empresa prevista en la anterior ley 25.250. Cfr. *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. “1440. El Gobierno debe asegurarse de que en el trámite de registro y publicación de convenios colectivos sólo se realice el control de cumplimiento de los mínimos legales y de cuestiones de forma, como por ejemplo la determinación de las partes y destinatarios del convenio con suficiente precisión y la duración del mismo” (Véase 356° informe, Caso núm. 2699, párrafo 1389).

20. Así lo entendió, erróneamente, la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso de La Asociación Bancaria, enero de 2017.

21. “La comisión observa que la nueva ley N°25.250 de mayo de 2000 prevé en su artículo 7 que los convenios colectivos de trabajo de empresa concertados con el sindicato con personería gremial actuante en ella también requieren homologación. A este respecto, la Comisión pide al Gobierno que le informe en su próxima memoria sobre los criterios en base a los cuales se puede denegar la homologación en cuestión” (CEACR 2001/ 72ª reunión).

22. Respecto a la posición de la OIT sobre la intervención de las autoridades *Vid.* Gernigon, B.; Odero, A. y Guido, H., “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 119, 2000, núm. 1, p. 49.

Así pues, desarmando la hipótesis que exagera la importancia de la homologación de los convenios colectivos por parte del Ministerio de Trabajo, en tanto no depende de ella ni la dotación de eficacia general de los convenios colectivos ni un eficaz control previo sobre la legalidad de sus cláusulas, queda pues sobreexpuesta la necesidad de modificar legislativamente su lógica jurídica y diseño funcional.

Una última cuestión que, si bien es de carácter procedimental, amerita una reflexión final en la misma línea crítica respecto de la intervención estatal-gubernamental. En este caso, desde una óptica sistémica que se agrega en tanto y en cuando el mentado intervencionismo menoscaba la eficiencia y eficacia del sistema autónomo de producción colectiva de normas. Me refiero a la *impugnación del acto de homologación de un convenio colectivo de trabajo*.

Existe por parte del legislador una omisión que tiene sus consecuencias directas sobre los procesos negociales colectivos. Me refiero a la ausencia de un recurso específico mediante el cual se pueda impugnar el acto de homologación.²³

La referida ausencia de recurso específico obliga al impugnante a discurrir los plazos y formas establecidos en la ley 19.549 sobre procedimientos administrativos. Dicha vía recursiva, la administrativa, debe ser agotada mediante la interposición del recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio como supuesto necesario para el acceso posterior a la revisión judicial.²⁴ Sin embargo, según jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional”, Sala de feria, 24/10/1997, el Ministerio de Trabajo no posee facultades para dejar sin efecto la homologación de un convenio colectivo de trabajo, motivo por el cual, su accionar se encuentra limitado a acceder o denegar la

23. Vid. Mugnolo, Juan Pablo, “La impugnación del acto homologatorio de un convenio colectivo de trabajo. El medio jurídico más idóneo”, en *Revista Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social*, junio 2004, N°12, Buenos Aires.

24. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ juicio sumarísimo”, del 03/04/1996, que estableció que mediante la interposición del amparo sindical previsto en el art. 47 de la ley 23.551 no puede obviarse la vía recursiva adecuada para la impugnación de un convenio colectivo de trabajo.

homologación. En la misma línea, en dicha sentencia se sostuvo que la vigencia ulterior de una convención colectiva de trabajo no puede hallarse sujeta a una eventual decisión administrativa y que el acto mediante el cual el Ministerio de Trabajo homologa una convención colectiva de trabajo produce sus efectos instantáneamente y, alcanzado su objeto, se extingue.²⁵

Es así pues que, sin mucha dificultad, se puede constatar que el recorrido impugnatorio en la instancia administrativa conducirá –conduce al día de hoy– a que el Ministerio de Trabajo, amparándose en la mentada jurisprudencia, no deje sin efecto el convenio colectivo de trabajo homologado y luego impugnado. Ello implica un derrotero que insume un tiempo demasiado valioso en virtud de los contratos laborales regulados “desde” el convenio colectivo cuya homologación se impugna puesto que, dado que el recurso interpuesto no produce efectos suspensivos, el convenio colectivo “avanza” con fuerza normativa, generando consecuencias jurídicas cuyo desandar generará no pocas dificultades.

A la situación descripta se le agrega mayor complejidad aún. Ello así en tanto y en cuanto no queda del todo claro –por ausencia de norma específica– quiénes resultan legitimados para impugnar el acto homologatorio.²⁶

La ausencia de un recurso específico mediante el cual se canalice la impugnación del acto de homologación atendiendo a la particular dinámica propia de la negociación colectiva constituye una problemática que repercute negativamente en la eficacia normativa de los convenios colectivos y genera altas dosis de inseguridad jurídica, erosionando su poder normativo laboral.

25. Cfr. Franzosi, Lucila, “La impugnación del acto homologatorio” (Cap. 2.4.a.), en *De-recho Colectivo del Trabajo*, Mugnolo, Juan Pablo (dir.), Caparrós, Lucas y Golcman, Martín (coords.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, pp. 544-545.

26. La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos “Ruiz Díaz, Carlos y otros c/ Ministerio de Trabajo s/ Nulidad de resolución” (S.D. N° 26.675, del 28/2/2006) entendió que no están legitimados para demandar la anulación del acto homologatorio ni cada uno de los trabajadores ni cada uno de los empleadores incluidos en el ámbito personal de vigencia de las convenciones colectivas. En un caso donde se cuestionaban los alcances de un convenio colectivo, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estimó pertinente que no podía hacerlo una asociación gremial que no participó en la celebración de un convenio colectivo por la vía de una acción de amparo, y que debían intervenir los agentes firmantes del mismo (CNAT, Sala VII, Sent. Int. n.º 28.527, del 9/5/2007, in re “Confederación Odontológica de la República Argentina c/Ministerio de Trabajo s/ amparo”).

Bibliografía

- Caparrós, Lucas J., Golcman, Martín F., “La intervención del Estado en la determinación de los sujetos colectivos negociadores y las medidas cautelares como alternativa tutelar. A propósito de la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado”, DT2013 (noviembre), 2820, Cita Online: AR/DOC/3578/2013.
- Ermida Uriarte, Oscar, “Origen, características y perspectivas”, en Ermida Uriarte, Oscar, *La negociación colectiva en América Latina*, Trotta, p 109.
- Fernández Humble, J. C., “Unidad de negociación. El nuevo artículo 2° de la ley 14.250 (ley 25.250) y su reglamentación”, en *Derecho Laboral*, número extraordinario *La reforma laboral II – ley 25.250*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, julio de 2000, p. 137 y ss.
- “Tendencias en la intervención del Estado en la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AADTSS, Tomo II, Buenos Aires, 1994, p. 13.
- Franzosi, Lucila, “La impugnación del acto homologatorio” (Cap. 2.4.a.), en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Mugnolo, Juan Pablo (dir.), Caparrós, Lucas y Golcman, Martín (coords.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, pp. 544-545.
- García Murcia, Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, pp. 25-26.
- Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 119 (2000), núm. 1, p. 49.
- Merli Brandini, P., “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, en *Prospettiva Sindicale*, 1980, N°1, p. 16.
- Monereo Pérez, José Luis, *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 272.
- Mugnolo, Juan Pablo (dir.), *Derecho Colectivo del Trabajo*, Caparrós, Lucas y Golcman, Martín (coords.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 60.
- “La impugnación del acto homologatorio de un convenio colectivo de trabajo. El medio jurídico más idóneo”, *Revista Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social*, junio 2004, N°12, Buenos Aires.
- OIT, *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, Ginebra, 1973, p. 14.

- Rey Guanter, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 23.
- Seren Novoa, Guido, *Interés Colectivo y Sindicato*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2023.
- Valdés Dal Re, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 15.
- Valdés Dal Re, F. y Mugnolo, J. P., “La estructura de la negociación colectiva”, en AA VV, *Relaciones Colectivas de Trabajo*, Mario Ackerman (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 163.
- Von Potobsky, Geraldo, “El contrato de trabajo y negociación colectiva en la reforma laboral en ‘La reforma laboral, ley 25.250’”, en *Revista Laboral*, Rubinzal-Culzoni, p. 73.

La formación profesional como derecho fundamental y como política pública, laboral y ocupacional

*Laura Cristina Castagnino**

Resumen

En el año 1995 se incorporó a la Ley de Contrato de Trabajo un capítulo compuesto por siete artículos (sin numeración) denominado “De la formación profesional” y se delegó en el Poder Ejecutivo el “nuevo ordenamiento del articulado” de la ley.¹

Pese al tiempo transcurrido (más de veintiocho años) y a la importancia que reviste el tema, tanto en el plano laboral (el derecho a recibir formación profesional) como también como instrumento de política social (tendiente a capacitar a las personas para el empleo y revertir o atenuar el desempleo), hasta la fecha no se ha dictado norma alguna dirigida a ordenar y visibilizar dichas disposiciones en el articulado de la ley laboral argentina.

El objetivo del presente trabajo es destacar los principales aspectos de la formación profesional, los derechos e intereses involucrados, la jerarquía y operatividad de las normas que la rigen y la necesidad de adecuar y visibilizar la cuestión en la normativa vigente.

Palabras clave: formación profesional, capacitación, derecho fundamental, deber de formación, acciones positivas.

* Abogada, Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires), Profesora Adjunta Regular (por concurso) de Derecho del Trabajo (UBA), Jueza Nacional del Trabajo (por concurso), Profesora de Posgrado en distintas universidades e instituciones jurídicas. Disertante, coautora de libros y autora de diversos trabajos de la especialidad. Directora de proyecto de investigación (UBA DeCyT); lcastagnino@derecho.uba.ar.

1. Ley 24.576 (arts. 1 y 2), publicada en el Boletín Oficial el 13/11/1995.

The Professional Qualification As Fundamental Right And As Public, Labor And Occupational Policy

Abstract

In the year 1995, a chapter consisting of seven articles (without numbering) called “Professional Training” was incorporated into the Labor Contract Law, and the Executive Branch was delegated the “new ordering of the articles” of the law.

Despite the time that has passed (more than eighteen years) and the importance of the issue, both in the realm of labor (the right to receive professional training) and as a tool of social policy (aimed at equipping individuals for employment and reversing or mitigating unemployment), to date, no regulation has been issued to organize and make these provisions visible in the articles of Argentine labor law.

The objective of this work is to highlight the main aspects of professional training, the rights and interests involved, the hierarchy and operability of the governing norms, and the need to adapt and make the issue visible in current regulations.

Keywords: Professional Qualification, Training, Fundamental Rights, Training Duty, Positive Actions.

I. Introducción

“La promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso y trato, será un derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras”.

El enunciado pertenece al “Art. s/n (1)” (primer artículo sin número) del Capítulo VIII “De la formación profesional” incorporado por la Ley 24.576 (art. 1º) en el Título II de la Ley de Contrato de Trabajo.²

2. Entre el artículo 89 (Auxilios o ayudas extraordinarias) perteneciente al Capítulo VII “De los derechos y deberes de las partes” y el artículo 90 (Indeterminación del plazo) perteneciente al Título III (De las modalidades del contrato de trabajo) Capítulo I (Principios generales).

Se trata de un capítulo compuesto por siete artículos (sin número), incorporados a la Ley de Contrato de Trabajo en el año 1995, cuyo orden y numeración fue delegado al Poder Ejecutivo.³ Pese a la importancia del tema y al tiempo transcurrido, hasta la fecha no se ha dictado norma alguna tendiente a regularizar la inédita situación.

La importancia que reviste actualmente la capacitación laboral, como mecanismo de crecimiento profesional y como instrumento de política social, tanto para trabajadores y trabajadoras con empleo, como para aquellos que carecen del mismo y necesitan incorporarse al mercado de trabajo, será objeto de estudio en las siguientes líneas.

La ausencia de reglamentación y de adecuada individualización en la Ley de Contrato de Trabajo no solo dificulta su conocimiento y debido cumplimiento, sino que ha llevado a parte de la doctrina a sostener seriamente que se trata de un conjunto programático de normas o disposiciones declarativas, que deben ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo o por las partes colectivas en el marco de la negociación.⁴

Es imprescindible dotar a la “formación profesional” de un lugar relevante en la legislación laboral, pues no solo constituye un “derecho fundamental de los trabajadores y trabajadoras” que aspiran a acceder, mantener, reingresar o ser promovidos en el empleo, sino también un instrumento de política social, tendiente a revertir el desempleo, cualificar a nuestros trabajadores, mejorar la producción y la competitividad de nuestras empresas y lograr el desarrollo social.

3. El Poder Ejecutivo, por decreto, resolverá el nuevo ordenamiento del articulado de la ley 20.744 (art. 2).

4. En este sentido, el profesor Carlos Etala ha sostenido que el contenido del capítulo es “heterogéneo” pues muchas de sus normas no se refieren a los derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo “sino a políticas de formación profesional que involucran principalmente al Estado y también a las organizaciones profesionales”. Así, el primero de los artículos enuncia los derechos del trabajador a la promoción profesional y a la formación en el trabajo “pero no enuncia frente a quiénes se ejercería este derecho”, que debería generar los correlativos deberes a cargo del Estado y los empleadores, “deberes que solo se mencionan de una manera vaga en los artículos subsiguientes” (Etala, C. A., *Contrato de trabajo*, Astrea, 1998, p. 193). En el mismo sentido se ha sostenido que se trata de disposiciones “declarativas y puramente programáticas” pues solo contienen “enunciados genéricos y no obligaciones concretas para las partes del contrato de trabajo” (D’ Aurizio, A. y Mancuso, G., “De la formación profesional”, en *Régimen de Contrato de Trabajo Comentado*, dirigido por Miguel Ángel Maza, La Ley, 2012, Tomo II, p. 204).

II. Formación profesional. Concepto, caracterización y tipos

Si bien no existe una definición legal de “formación profesional”, la doctrina ha entendido por tal al “proceso de adquisición y desarrollo de aptitudes técnicas y actitudinales que favorecen el ingreso, permanencia o reinsertión de una persona en el mercado laboral”.⁵ También se ha dicho que la formación profesional comprende “todos aquellos estudios y aprendizajes encaminados a la inserción, reinsertión y actualización laboral, cuyo objetivo principal es aumentar y adecuar el conocimiento y habilidades de los actuales y futuros trabajadores a lo largo de toda la vida”.⁶

Desde el punto de vista del derecho laboral, suele ser abordada como un “derecho/deber”, esto es, el derecho del trabajador a recibir la formación necesaria (teórica, práctica o ambas) para acceder, permanecer, reinsertarse y aun progresar en el empleo. Y su contrapartida, el deber del empleador de ofrecer o implementar acciones de formación y/o capacitación profesional, de acuerdo a las características de las tareas y necesidades de la organización.

Pero la formación profesional no se agota allí, sino que también involucra al Estado, a través de sus órganos competentes, a quienes la ley impone el deber de “asistencia” en lo que respecta a las acciones de formación profesional (tanto respecto de los trabajadores ocupados, como de aquellos sin empleo) y a las organizaciones sindicales, a las que les asigna la facultad de “participar” (organizar, fiscalizar, requerir información, solicitar acciones de formación específicas).⁷

Es que la formación profesional no solo interesa a los trabajadores y trabajadoras (derecho fundamental al que nos referiremos en el siguiente apartado), sino también al empleador (pues redundaría en beneficio de la empresa), a las entidades sindicales (que procuran la mejora de las condiciones

5. Machado, J. D., “De la formación profesional”, en *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, dirigida por Antonio Vázquez Vialard, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2005, Tomo I, p. 5 71.

6. D’Aurizio, A. y Mancuso, G., “De la formación profesional”, en *Régimen de Contrato de Trabajo Comentado* dirigido por Miguel Ángel Maza, La Ley, 2012, Tomo II, p. 203.

7. En este sentido, el “Art. s/n (2)” establece que: “El empleador implementará acciones de formación profesional y/o capacitación con la participación de los trabajadores y con la asistencia de los organismos competentes al Estado”.

de trabajo y calidad de vida de sus representados), al Estado (que debe administrar los recursos públicos y combatir el desempleo) y a la comunidad en su conjunto.

Existen diversas clasificaciones y tipos de “formación profesional”. A grandes rasgos, se suelen mencionar la formación “inicial” (de acceso al empleo), “ocupacional” (destinada a los trabajadores sin empleo) y “continua” (dirigida a mejorar la capacitación de los trabajadores ocupados).

Pero, como veremos a continuación, existen otras modalidades y tipos de formación profesional:⁸

- a) Según la *iniciativa* de formación, encontramos la formación *espontánea o libre* (decidida por el trabajador), la formación *inducida* (por el empleador), la *consensuada* (tanto en el nivel individual como colectivo), la *heterónoma* (de fuente estatal).
- b) Según el *destinatario* de la formación, esta puede estar dirigida a los *trabajadores activos* o a las *personas desocupadas*. En una situación intermedia se ubica la capacitación *precontractual* (previa o de entrada al empleo) y la *poscontractual* (de salida o recalificación).
- c) Según el *financiamiento*, las acciones de formación pueden ser financiadas por el *empleador*, por un *fondo colectivo* (mutual o agencia), por el *Estado* (fondos públicos), por la *asociación sindical*, estos últimos de manera directa o mixta. Algunos autores agregan, incluso, al propio *trabajador*, que procura su formación libre o espontánea.
- d) Según el *objetivo* o contenido, la formación puede ser *específica* (vinculada a las destrezas o conocimientos relativos a un puesto de trabajo) o *difusa* (a la genérica aptitud para insertarse o reinsertarse en el mercado laboral). La primera en general es asumida por el empleador, la segunda por el Estado u organismos específicos.
- e) Según la *oportunidad* o finalidad, encontramos: 1. La *formación inicial*, de entrada o adaptación al empleo. 2. La *formación ocupacional*, también denominada *continua*,⁹ exigible durante la vigencia de la relación

8. Por razones didácticas y de claridad pedagógica, hemos de seguir, en líneas generales, la clasificación aportada por Machado, José Daniel (*op. cit.*, p. 575 y ss.).

9. Preferimos reservar la denominación “ocupacional” para la formación destinada a las personas desempleadas. Como lo viene sosteniendo la OIT, los tres pilares necesarios

laboral (incorporación de tecnología, capacitación en materia de higiene y seguridad laboral). 3. La *formación promocional*, dirigida a obtener una calificación distinta a la que diera origen a la contratación (capacitación polivalente o para una categoría o puesto superior). 4. La *formación- recalcificación*, tanto para trabajadores que han visto disminuidas sus capacidades físicas como para aquellos que deben reinsertarse al mercado de trabajo.

- f) Según el *ámbito espacial y temporal* en que se brinda la capacitación, esta puede desarrollarse en el *propio establecimiento y en horario de trabajo* (en general la capacitación brindada por el empleador), en *otro establecimiento o institución* (a cargo del empleador o de otro organismo), superponiéndose en todo o en parte con la *jornada de trabajo o fuera de la misma*. En los primeros casos, no suele haber inconveniente con el pago de la remuneración, en los restantes deberá analizarse el tipo de formación (espontánea o inducida, el objetivo y la finalidad). Aquí cobra relevancia el denominado “crédito horario” para capacitación que mencionaremos más adelante.

III. La formación profesional como “derecho fundamental de los trabajadores y trabajadoras” y su operatividad

La formación profesional es, sin duda, un *derecho humano fundamental*. Así lo define la Ley de Contrato de Trabajo¹⁰ y así lo consideran diversos tratados y pactos internacionales de jerarquía supralegal y constitucional (cfr. art. 75 inc. 22 Constitución Nacional). En este sentido, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) luego de consagrar el derecho de toda persona a la educación, prevé que “La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada” (art. 26.1). La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) establece que toda persona tiene derecho a que “mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna

para fomentar y mantener la empleabilidad de las personas son: la educación de calidad, la formación previa al empleo y el aprendizaje “continuo” a lo largo de la vida (OIT *Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humano*, 2004).

10. “La promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso y trato, será un derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras” (Art. s/n -1- incorporado por la ley 24.576).

subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad” (art. XII). El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1996) dispone que entre las medidas que habrá de adoptar cada Estado para lograr la plena efectividad del derecho “a trabajar” deberá figurar “la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana” (art. 6.2), a la vez, entre las “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” incluye “igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad” (art. 7). En el mismo sentido se expiden la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (1967) (art. 5) y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1980) que garantiza “las mismas condiciones de orientación en materia de carteras y capacitación profesional” (art. 10).

Por su parte, el *Convenio 142 de la OIT sobre Desarrollo de los Recursos Humanos* (ratificado por Argentina en 1978) dispone: “Todo miembro deberá adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos de empleo” (art. 1.1), a la vez que prevé “alentar y ayudar a todas las personas, en pie de igualdad y sin discriminación alguna, a desarrollar y utilizar sus aptitudes para el trabajo en su propio interés y de acuerdo con sus aspiraciones, teniendo presentes al mismo tiempo las necesidades de la sociedad” (art. 1.2.5) mediante sistemas complementarios de enseñanza que “cubran las necesidades de formación profesional permanente de los jóvenes y de los adultos en todos los sectores de la economía y ramas de la actividad económica y a todos los niveles de calificación y de responsabilidad” (art. 4). Y el *Convenio 111 de la OIT* sobre “Discriminación en materia de empleo y ocupación” (ratif. en 1968) consagra expresamente la obligación de asegurar la no discriminación “en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional” (art. 3.e).

Tratándose de derechos fundamentales (así reconocidos por la comunidad internacional), de tipo “promocional”, vinculados al “bienestar y

progreso social” (de segunda generación), y aun admitiendo que las propias fuentes internacionales permiten una aplicación gradual y progresiva que acompañe los requerimientos y posibilidades de financiación de cada Estado, cabe destacar que ello no los convierte en una mera expectativa o declaración programática (cuya aplicación dependa de la voluntad estatal de reglamentación), sino que son “exigibles” (operativos) dentro de ese espacio soberano que permite a cada Estado adoptar las medidas (razonablemente) apropiadas, de acuerdo a sus específicas capacidades de financiamiento, en sentido progresivo, a fin de lograr su paulatina realización, bajo apercibimiento de responder por el incumplimiento frente a la comunidad internacional.¹¹

El derecho a la formación profesional es, a su vez, un *derecho instrumental*, que más allá de su contenido específico, conecta en relación medio a fin, con otros derechos laborales fundamentales. Como lo ha explicado Oscar Ermida Uriarte,¹² el mismo se vincula con la vigencia efectiva de otros derechos considerados de *rango fundamental*: a) el derecho a *trabajar*, en tanto las calificaciones y competencias han devenido una condición necesaria para el acceso al mercado de trabajo; b) el derecho a una *remuneración justa*, en tanto el nivel de capacitación alcanzado, en su correlato con el régimen de categorías, habrá de incidir en modo relevante en la retribución; c) el derecho a *condiciones dignas de labor*, en tanto debe entenderse que el trato laboral no se agota en el intercambio de trabajo por salario, sino que incluye en su objeto el principio “antropocéntrico” de promoción del desarrollo de la persona del trabajador;¹³ d) el derecho a la *no discriminación*, en

11. Así, se ha interpretado que frente a los *derechos de realización paulatina* consagrados en el PIDESC (1966), deben adoptarse “dentro de un plazo razonablemente breve” medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”, pues de lo contrario “se privaría a la obligación asumida de todo contenido significativo”. Ver Abramovich, V. y Courtis, C., “Hacia la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales”, en *Revista Contextos*, N°1, Buenos Aires 1997, p. 43; Barreto Ghione, H., *La obligación de formar a cargo del empleador*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 46.

12. Ermida Uriarte, O., “Trabajo decente y formación profesional”, Cinterfor - OIT, Boletín 151, Montevideo, 2002. En igual sentido, Machado, J. D., *op. cit.*).

13. La recepción por parte de la OIT del concepto “trabajo decente” y sus diferentes manifestaciones, da cuenta de la trascendencia que reviste la formación profesional como

tanto el nivel de capacidad alcanzado se integra a uno de los términos de la fórmula (como “igualdad de circunstancias”) requiriendo en consecuencia un tratamiento similar tanto a la hora de “capacitar” como respecto de los “igualmente capacitados”.

Hoy más que nunca, el derecho a la formación profesional debe reconocerse como un *derecho humano fundamental*, pues es la puerta de acceso a los nuevos empleos que han de surgir en esta revolución digital. Los estándares educacionales fueron subiendo con el correr de los años. La cualificación que las empresas exigen, en gran cantidad de actividades, no baja de un nivel universitario. Incluso, de conseguir acceder a un puesto de trabajo, luego de acreditar un alto nivel de formación, el ritmo acelerado de esta revolución tecnológica exige a las personas una constante capacitación de su fuerza laboral. Si un trabajador no adecua su calificación profesional, probablemente no pueda seguir laborando en la empresa, pues no tendrá las habilidades necesarias para utilizar las nuevas herramientas tecnológicas que han de incorporarse al proceso de producción.¹⁴

IV. La formación profesional en el régimen laboral vigente

Si bien hasta la fecha no se ha ordenado el texto de la Ley de Contrato de Trabajo, ni se han numerado los siete artículos incorporados en 1995,¹⁵ sin duda su reconocimiento legal y en las normas de jerarquía suprallegal y constitucional, permite afirmar que estamos en presencia de un *derecho fundamental operativo*, vinculado al bienestar y al progreso social, exigible tanto respecto del Estado como de los empleadores, de manera gradual y progresiva, en las condiciones de su regulación.

instrumento de inclusión y crecimiento social y su íntima relación con las “condiciones dignas y equitativas de labor”. Ver OIT., *Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos* (2004).

14. López Argonz, G. E., “Inteligencia artificial y formación profesional: dos aliadas en la transformación digital”, en AA.VV., Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R. (dir.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, España, 2021, pp. 335-354.

15. Ver punto 1 del presente trabajo.

a) La formación profesional y los deberes del Estado

En lo que respecta al Estado, ha asumido el deber internacional de fortalecer los sistemas de “formación profesional”, procurar y establecer programas de orientación y formación técnico-profesional, encaminados a lograr la plena efectividad del derecho “a trabajar”, a conseguir el desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, a lograr el acceso “sin discriminación” a acciones de formación y promoción profesional, en especial respecto de mujeres, jóvenes, personas sin empleo, con capacidades especiales, y en general respecto de personas adultas “en todos los sectores de la economía y ramas de la actividad económica” y “en todos los niveles de calificación”.¹⁶

Diversas normas y programas ha dictado y desarrollado el Estado, a nivel nacional y provinciales, destinadas a fortalecer los sistemas de formación profesional, brindar capacitación técnico-profesional, promover la contratación de personas en situación de vulnerabilidad y acompañar a aquellas en situación de desempleo.¹⁷ Con resultados diversos, pues el efectivo crecimiento profesional y el pleno empleo no dependen exclusivamente de estas acciones, sino de un conjunto de factores, económicos, sociales, culturales y políticas públicas tendientes a lograr, de manera progresiva, su satisfacción.

La Ley Nacional de Empleo,¹⁸ por su parte, luego de enunciar entre sus objetivos “la formación profesional como componente básico de las políticas y programas de empleo (art. 2), impuso al Estado la obligación de activar políticas de empleo que comprendan la “formación y orientación profesional” (art. 3), elaborar regularmente el “Plan Nacional de Empleo y Formación Profesional” (art. 5), establecer periódicamente programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores que presentan “mayores dificultades de inserción laboral”, que contemplen la “actualización y reconversión profesional” y la “orientación y formación profesional”, entre otras medidas

16. Ver punto 3 del presente trabajo.

17. Solo a título de ejemplo, he de mencionar la ley 26.058 (B.O. 09/09/2005) de Educación Técnico - Profesional; el Seguro de Capacitación y Empleo (dto. 336/2006) antiguamente vinculado al Programa Jefas y Jefes de Hogar Desocupados, hoy vinculado al Programa Fomentar Empleo (Resolución M.T. 646/2022), entre otros.

18. Ley 24.013 (B.O. 17/12/1991).

(arts. 81 y 82), elaborar programas para “jóvenes desocupados” (art. 83), para “trabajadores cesantes de difícil reinserción ocupacional” (art. 84), para “grupos protegidos” (liberados, aborígenes, ex combatientes, rehabilitados de la drogadicción) (art. 85), para personas discapacitadas (art. 86), para trabajadores afectados por la “reestructuración productiva” (art. 97), que incluyan “capacitación y orientación profesional prestada en forma gratuita” y complementaria a otras medidas que se estimen adecuadas (ayudas económicas, exenciones impositivas, prioridades, cupos mínimos, créditos especiales, reconversión profesional, entre otros).

La Ley de Contrato de Trabajo, a partir de la incorporación del capítulo “De la formación profesional” (Ley 24.576), ha impuesto al empleador la obligación de implementar las acciones de formación profesional, con la participación de los trabajadores y “con la asistencia de los organismos competentes del Estado” (art. s/n -2-), que podrá ser técnica, financiera, publicaciones, u otras.

Como puede observarse, existen diversas disposiciones de orden nacional tendientes a hacer efectivo el derecho a la formación profesional, reconocido por diversas normas internacionales, como base del crecimiento personal y social. Pero los recursos necesarios para financiar la instrumentación de estos programas no son infinitos, lo que impide al Estado atender debidamente la totalidad de las necesidades involucradas (circunstancia expresamente considerada por la comunidad internacional en relación a los *derechos de realización paulatina*, que como hemos visto, no exime al Estado de su –razonable– cumplimiento).

En otras palabras, sin desconocer las dificultades de financiamiento que afectan a los Estados, tratándose de un derecho fundamental *de realización paulatina*, el Estado no puede escudarse en las dificultades económicas para incumplir sus obligaciones, sino que debe implementar “medidas apropiadas” (razonablemente apropiadas), de acuerdo a sus específicas capacidades de financiamiento, a fin de lograr la gradual y paulatina realización del derecho.

b) La formación profesional como “deber” del empleador

En cuanto a los empleadores, se les ha impuesto el deber de implementar “acciones de formación profesional y/o capacitación con la participación de los trabajadores y con la asistencia de los organismos competentes del

Estado” (art. s/n -2-). Esta capacitación se efectuará “de acuerdo a los requerimientos del empleador, a las características de las tareas, a las exigencias de la organización del trabajo y a los medios que le provea el empleador para dicha capacitación” (art. s/n -3-).

Este “deber” del empleador comprende dos obligaciones: a) la de *abstenerse de impedir* u obstaculizar las acciones de formación “espontáneas” (elegidas por el trabajador en su propio interés), a cuyo fin se prevé un “crédito horario”, independiente de la licencia paga prevista por el art. 158 de la LCT (para rendir exámenes de enseñanza oficial), cuya cuantía debe ser establecida “en el convenio colectivo” (art. s/n -7-); y b) el *deber específico* de implementar *acciones positivas de formación*, “en condiciones igualitarias de acceso y trato” (sin discriminación, frente a la igualdad de circunstancias -cfr. art. 81 LCT-), de acuerdo a su propia “iniciativa” (o requerimiento), entendida dentro de los límites del poder de organización y dirección (con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, y preservando los derechos personales y patrimoniales del trabajador -cfr. art. 65 y concs. LCT-), y dentro de sus (razonables) posibilidades de financiamiento.

En otras palabras, el deber de formación profesional a cargo del empleador, en su faz negativa, impone la obligación de respetar las acciones de formación “espontáneas” o elegidas libremente por el trabajador “para realizar, fuera de su lugar de trabajo actividades de formación y/o capacitación que él juzgue de su propio interés” (cfr. art. s/n -7-). Esta obligación se encuentra condicionada a lo que pudiera disponer el convenio colectivo, no solo respecto de los contenidos y acreditación ante el empleador, sino fundamentalmente en relación al “crédito horario” (cantidad de horas del tiempo total anual de trabajo que el trabajador puede destinar a su capacitación libre, sin pérdida de remuneración).

En su faz positiva, la ley confiere al empleador la facultad de “iniciativa”, en lo que respecta al contenido y modalidad de la capacitación (procedimientos de trabajo, incorporación de nuevas tecnologías, seguridad e higiene laboral, cursos promocionales, prevención de la violencia laboral). Con las siguientes limitaciones: a) sin discriminación (en condiciones igualitarias de acceso y trato, para quienes se encuentren en igualdad de condiciones); b) con carácter funcional (de acuerdo a las características de las tareas y exigencias de la organización del trabajo); c) preservando los derechos personales y patrimoniales del trabajador (sin pérdida de remuneración).

La alusión a los “medios que le provea el empleador” sin duda se vincula con las posibilidades de financiamiento, pues no todos los empleadores se encuentran en idénticas condiciones de solventar estudios, cursos, prácticas y acciones de capacitación de envergadura. Pero ello no los exime del deber de brindar o implementar acciones de capacitación específicas, dentro de sus (razonables) posibilidades de financiamiento e incluso de requerir apoyo sindical y la asistencia del Estado (económica, técnica, capacitaciones gratuitas, cursos on line, etc.).

Por último, la ley impone al empleador la obligación de “certificar” la calificación profesional obtenida por el trabajador, al término de la relación laboral, en los distintos puestos de trabajo, hubiere realizado o no acciones regulares de capacitación (art. s/n -6-).

En efecto, la Ley 24.576 ha incorporado la obligación de hacer constar en el certificado de trabajo que debe extender el empleador al tiempo de la extinción del vínculo (art. 80 LCT) “la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación” (art. s/n -6- citado).

Esta disposición debería formar parte del art. 80 de la LCT, norma que regula el contenido del “certificado de trabajo” que debe expedir el empleador al término de la relación laboral y que ahora debe añadir “la calificación profesional” aludida, que no debe ser confundida con la naturaleza de los servicios prestados o la categoría laboral o convencional alcanzada.

Si bien la norma no prevé una consecuencia legal específica frente al incumplimiento (ha de ser la misma que propone el art. 80 LCT), se trata de un recaudo de suma importancia para el trabajador, pues el certificado de trabajo no solo le permite acreditar los servicios prestados a los fines previsionales (jubilatorios) sino también al momento de buscar nuevo empleo, poder certificar los conocimientos y capacidades adquiridas frente al futuro empleador. De allí que rige en la especie el deber de veracidad, derivado de la buena fe, de no consignar datos falsos.

La exigencia de certificar “la calificación profesional obtenida” no depende del efectivo cumplimiento del deber de formación por parte del empleador, sino que es exigible “hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación”, fórmula que lleva a interpretar que no está supeditada a la participación en acciones de educación formal. La calificación obtenida, como lo ha entendido la doctrina, puede resultar de la simple

obtención empírica del conocimiento, o de la aptitud alcanzada como directo resultado del desarrollo práctico de las tareas a su cargo.¹⁹

c) La formación profesional y las asociaciones sindicales

Las organizaciones sindicales cumplen un rol importante en materia de capacitación y formación profesional.

La ley las faculta a “participar” de las acciones de formación implementadas por el empleador (art. s/n -2-), a la vez que les reconoce los siguientes derechos: a) derecho de “información”,²⁰ en este caso “sobre la evolución de la empresa, sobre innovaciones tecnológicas y organizativas, y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional” (art. s/n -4-); b) derecho de “iniciativa”, en los casos de innovaciones de base tecnológica y organizativa podrá “solicitar al empleador la implementación de acciones de formación profesional para la mejor adecuación del personal al nuevo sistema” (art. s/n -5-); c) derecho de “regular colectivamente” los denominados “créditos horarios” para la capacitación “espontánea” (libre) del trabajador, concretamente la ley delega en los convenios colectivos de trabajo la facultad de fijar una “cantidad de horas del tiempo total anual de trabajo” de los trabajadores comprendidos, para realizar, fuera de su lugar de trabajo, actividades de formación y/o capacitación en “su propio interés”. Distintos convenios ya han avanzado en este sentido.²¹

19. V. Machado, J. D. (*op. cit.*); D’Aurizio y Mancuso (*op. cit.*); Otero, A. M., en *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, *La Ley*, 2007, T. II, p. 1164.

20. El derecho a la “información” ya se encuentra previsto en nuestra legislación. La ley 23.546 (t. o. 2004) sobre convenciones colectivas de trabajo impone el deber de “intercambiar la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate, para entablar una discusión fundada y obtener un acuerdo. Dicho intercambio deberá obligatoriamente incluir la información relativa a la distribución de los beneficios de la productividad, la situación actual del empleo y las previsiones sobre su futura evolución” (art. 4). La ley 25.877 (B.O. 19/03/2004) de ordenamiento laboral, impone a las empresas que ocupan a más de 300 trabajadores la obligación de “elaborar, anualmente, un balance social que recoja información sistematizada relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa”, documento que “será girado por la empresa al sindicato con personería gremial”, a fin de facilitar la negociación.

21. Algunos convenios colectivos de trabajo imponen contribuciones patronales destinadas a la formación profesional (v.gr. CCT 130/75 –empleados de comercio, acuerdo

Por su parte, la Ley Nacional de Empleo dispone que las comisiones negociadoras de convenios colectivos tendrán obligación de negociar, entre otras materias, “el establecimiento de sistemas de formación” que faciliten la polivalencia funcional, entre otras (art. 24), mas su falta “no impedirá la homologación del convenio”.

La participación sindical, tanto en el diseño directo de políticas de formación profesional como en la incorporación de la temática y contenidos adecuados a la hora de negociar colectivamente, es de suma relevancia para la concreción del derecho que nos convoca, pues las empresas asumen compromisos concretos de capacitación y promoción en el empleo y los sindicatos contribuyen impulsando, diagramando, negociando y controlando su efectivo cumplimiento.

El derecho a la “información” guarda íntima relación con la carga de “participación” impuesta en el enunciado general del instituto (art. s/n -1-), pues es condición necesaria para una óptima participación que el sindicato cuente con el oportuno conocimiento “sobre la evolución de la empresa, las innovaciones tecnológicas y organizativas, y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional”. Por lo que la información aludida permitirá establecer programas y estrategias de formación específicas (actualización tecnológica, reconversión u otros) ajustadas a las necesidades y características del empleo.

La obligación de negociar de buena fe (Ley 23.546) incluye el deber de concurrir a las audiencias, designando representantes con capacidades e instrucciones suficientes, facilitando la circulación de información veraz y realizando esfuerzos conducentes a fin de alcanzar acuerdos (art. 4). En este caso, la información veraz y pertinente permitirá la realización de acciones concretas de formación profesional (a iniciativa del empleador o de la entidad sindical) y avanzar en relación al contenido, acreditación y “crédito horario” para la capacitación “espontánea” (libre) del trabajador.

2009-, CCT 501/07 –empleados textiles–, entre otros). Otros han avanzado en la instrumentación de regímenes de capacitación y promoción (v.gr. CCT del personal del Sistema Nacional de Empleo Público, acta 2008) e incluso en la fijación de “créditos horarios” para la formación profesional en institutos específicos (v.gr. CCT665/09 –trabajadores de farmacia).

V. Conclusiones

La formación profesional es un *derecho fundamental* del ser humano (reconocido por distintas normas internacionales de jerarquía supralegal y constitucional) y un *instrumento de política social*, vinculado al desarrollo económico, al trabajo decente, al crecimiento y a la inclusión social.

Su incorporación en la Ley de Contrato de Trabajo es, sin duda, un paso importante en el camino hacia su efectividad. Pero la falta de individualización adecuada en el ordenamiento legal (siete artículos sin número incorporados entre el art. 89 y el art. 90 de la ley) no solo dificulta su visualización y efectivo cumplimiento, sino que ha llevado a algunos autores a asignarle carácter “programático”, tesis que no compartimos.

El presente estudio nos permite afirmar que estamos en presencia de un *derecho fundamental operativo*, vinculado al bienestar y al progreso social, exigible tanto respecto del Estado como de los empleadores, de manera gradual y progresiva, en las condiciones de su regulación.

En lo que respecta al Estado y tratándose de un *derecho de realización paulatina*, ha asumido el compromiso internacional de adoptar “medidas adecuadas”, dentro de sus concretas y razonables capacidades de financiamiento, a fin de lograr su paulatina y gradual realización.

En cuanto a los empleadores, la ley les ha impuesto el *deber de formación*, en el marco de las relaciones laborales, que comprende la obligación de *abstenerse de impedir* la capacitación libre del trabajador y la de adoptar *acciones positivas de formación*, con participación sindical y la asistencia del Estado, en las condiciones y con los límites analizados en el presente estudio.

La capacitación “continua” no solo involucra el desarrollo y crecimiento personal, sino que debe ser entendida como instrumento de inclusión y crecimiento social y como programa vinculado a la dignidad humana y al “trabajo decente”. En este marco, la Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos (2004) plantea el deber de los países miembros de definir políticas de desarrollo de los recursos humanos, de educación, de formación y de aprendizaje permanente que “hagan hincapié en el desarrollo económico sostenible en el contexto de una economía en proceso de globalización y de una sociedad basada en el saber y la adquisición de conocimientos” así como “en el desarrollo de las competencias, la promoción del trabajo decente, la conservación del empleo, el desarrollo social, la inclusión social y la reducción de la pobreza”.

Educación de calidad, formación previa al empleo y aprendizaje continuo a lo largo de la vida, los tres pilares necesarios para mantener la empleabilidad de las personas, avanzar hacia el trabajo decente y el desarrollo social (OIT, 2004).

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, “Hacia la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales” en *Revista Contextos*, N°1, Buenos Aires, 1997.
- Barreto Ghione, Hugo, “La obligación de formar a cargo del empleador”, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- “De qué hablamos cuando hablamos de formación profesional”, en Barreto Ghione, Raciatti y Garmendia Arigon, *La formación profesional en Uruguay*, Cinterfor - OIT, Montevideo, 2003.
- Cornaglia, Ricardo, “El derecho a la información de los trabajadores”, DT 1997 B - 1319.
- D’Aurizio, Ángel y Mancuso, Germán, “De la formación profesional”, en *Régimen de Contrato de Trabajo Comentado*, dirigido por Miguel Ángel Maza, La Ley, 2012, Tomo II.
- Ermida Uriarte, Oscar, “Trabajo decente y formación profesional”, Boletín 151, Cinterfor - OIT, Montevideo, 2002.
- Etala, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo. Comentado, anotado y concordado con legislación modificatoria y complementaria*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- Garmendia Arigon, Mario, “Derecho del trabajo y formación”, Cinterfor - OIT, Montevideo, 2003.
- Gnecco, Lorenzo P., “Contratos de formación y derecho del trabajo. Aprendizaje, becas, pasantías y otras prácticas formativas”, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario “Derecho del Trabajo - Relaciones individuales”*, Vol. 2, Tomo 2, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- López Argonz, Gastón, “Inteligencia artificial y formación profesional: dos aliadas en la transformación digital”, en AA.VV., Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R. (dir.) y González Cobaleda, E. (coord.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones socio-laborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, España, 2021.

Machado, José Daniel, “De la formación profesional”, en *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, dirigida por Antonio Vázquez Vialard, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Otero, Ana María, *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, T. II., dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, La Ley, 2007.

OIT, Recomendación 195. Educación, formación y aprendizaje permanente, 2004

— *Trabajar para un futuro más prometedor*, Comisión mundial sobre el futuro del trabajo, 2019.

— , *Panorama laboral en tiempos de la COVID-19*, Formación profesional en la respuesta a la crisis y en las estrategias de recuperación y transformación productiva post COVID-19, 2020.

La acción sindical como pieza del modelo democrático

*Guillermo Gianibelli**

Resumen

Este artículo analiza una serie de características del régimen jurídico sindical argentino y presenta una serie de puntos de discusión destinados a clarificar cómo debe entenderse mejor el interés colectivo (de forma democrática) y las garantías a la acción sindical.

Palabras clave: sindicato, democracia, garantías.

Trade Union Action as a Part of the Democratic Regime

Abstract

This article analyzes a number of characteristics of the Argentine trade union legal regime and presents a series of discussion points intended to clarify how the collective interest (in a democratic manner) and the guarantees to union action should be better understood.

Keywords: Trade Unionism, Democracy, Guarantees.

* Abogado; Magister en Relaciones Laborales; Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho (UBA); guillermogianibelli@derecho.uba.ar.

Cuarenta años de democracia son una buena ocasión para revisar algunos aspectos del régimen sindical argentino. Esto es así por al menos dos órdenes de razones: una, por cuanto la Dictadura se propuso, centralmente, desarticular las formas más incisivas de representación sindical,¹ a la par de un cúmulo de decisiones destinadas a prohibir la acción sindical en su conjunto,² lo que revela la indispensable relación entre Estado de derecho y sindicato; pero también otra, situada en el periplo indicado, en que, más allá de luces y sombras, de mejores o peores conquistas, de unas u otras expresiones, el sindicalismo en su conjunto ha significado un pilar en la construcción de más democracia y defensa de los derechos.

Por supuesto que este cometido tendrá ciertas y evidentes limitaciones. En un caso, las propias de este texto, acotado en extensión y en su misma formulación. Por otro, las características, complejas y muchas veces contradictorias, de un sistema normativo asentado de manera histórica, con sus vaivenes derivados de la articulación con el régimen político general en el que opera y las condiciones en el que se desenvuelve, también desde el punto de vista de las alteraciones del entorno, particularmente de índole socioeconómica (estructura del denominado “mercado de trabajo”, patrones productivos, tecnológicos, etc.).³

1. Basualdo, V. y Jasinski, A., “La represión a los trabajadores y el movimiento sindical, 1974-1983”, en G. Águila *et al.* (coords.), *Represión estatal y violencia paraestatal en la historia reciente argentina. Nuevos abordajes a 40 años del golpe de Estado*, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, pp. 237-268.

2. Acta Proceso Reorganización Nacional (24/3/1976): suspensión actividad gremial; Regla estatal n.º 21.307 (7/5/76): suspensión negociación colectiva salarios; Regla estatal 21.356, de julio de 1976, que prohibió la actividad gremial (asambleas, reuniones, congresos y elecciones) facultando al Ministerio de Trabajo a intervenir y reemplazar dirigentes; Regla estatal n.º 21.400 (30/9/76): penalización de la huelga y otras medidas de acción sindical, pérdida del fuero sindical; Regla estatal n.º 21.418 (17/9/76): deja sin efecto cláusulas de Convenios Colectivos de Trabajo del sector público; Regla estatal n.º 21.476 (16/12/76): deja sin efecto cláusulas Convenios Colectivos de Trabajo del sector privado; Decreto 385 (15/11/79): cancelación afiliaciones sindicales; Regla estatal 22.105 (15/11/79): nuevo régimen sindical.

3. Ver Campos, Luis, *La fortaleza. Sindicatos, Estado y relaciones de fuerzas (Argentina, 1945-2001)*, PIMSA, Ediciones Imago Mundi, Buenos Aires, 2023, p. 99 y sgtes.

Por tanto, y a efectos de precisar el alcance de esta intervención, en una suerte de reduccionismo extremo de aquel vasto campo, solo nos proponemos efectuar algunas referencias a la señalada importancia, en términos democráticos, de un sindicalismo, doblemente representativo y eficaz en la finalidad que le es propia: la mejor defensa y las mejores condiciones de los trabajadores representados; delinear algunos rasgos del, en cierto punto monolítico, “modelo” sindical edificado a partir del Decreto 23.852/45;⁴ aunque con las necesarias y decisivas “correcciones” que derivaran de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de 2008;⁵ y, por último, mínimas aportaciones sobre derroteros posibles de adecuaciones normativas o debates venideros.

I. La función del sindicato en sociedades democráticas complejas

Como es sabido, el fenómeno sindical ha sido acompañado por la legislación, o más bien dicho, por la intervención del Estado, de modo sucesivo, evolutivo en los términos que seguidamente veremos, en una secuencia de prohibición, tolerancia, reconocimiento y protección.⁶ Porque nos encontramos en la última fase, la que se corresponde con la tutela de los Derechos Fundamentales, propia del Estado Social y Democrático de Derecho,⁷ y porque propiamente la Libertad Sindical es uno de aquellos,⁸ a esta etapa nos referiremos, vinculándola con el principio democrático indicado.

Si el Estado Social se incardina a la tutela de los Derechos Fundamentales, entre los que se cuentan dos decididas orientaciones: la procura de la igualdad material (art. 75.23 C.N.), y la protección de los trabajadores (art.

4. Corte, Néstor, “El modelo sindical argentino. Régimen legal de las asociaciones sindicales”, 2da. edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

5. SCJN, Caso “Asociación Trabajadores del Estado”, del 11/11/2008.

6. Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9na. edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 73.

7. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 23.

8. OIT, “Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento”, 1998.

14 bis C.N.),⁹ la función del sindicato será, instrumentalmente, la de constituirse como medio para la persecución de los fines colectivos de aquellos.¹⁰

Sentada la función a desarrollar, y las garantías que como Derecho Fundamental cabe conferir y respetar a la Libertad Sindical, sostén de la organización, acción y efectos del sindicato, incorporemos la noción de representatividad y, con ello, el eje democrático como razón de su expresión.

Si bien, en el marco de la libertad de asociación, el sindicato podría darse su propia forma organizativa, en nuestro régimen constitucional aquel tiene su referencia como “organización sindical libre y democrática” por lo que, a la par de su reflejo como instrumento del Estado constitucional al que adscribe, debe instituirse y desenvolverse de modo democrático. Podríamos discutir tanto la prescripción como su procedencia en tanto, con ello y de algún modo, se estaría limitando la autonomía propia de la Libertad Sindical también prescripta por el régimen internacional – Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo – pero lo cierto es que, a los fines de este trabajo, vamos a persistir en la importancia del carácter democrático, en este caso en referencia al objeto del sindicato y, más precisamente, a la eficacia de su acción.

En este sentido, la utilización del concepto de representatividad,¹¹ muy específico en relación con lo sindical, enlaza de modo característico para articularlo con el principio democrático aludido. El paso de los conceptos de “representación” a “representatividad” está vinculado a diversos aspectos de la acción sindical y de la configuración del sindicato. En breves líneas, está ordenado a una suerte de simplificación de lo complejo, a una síntesis de lo diverso, a una autenticación, real y actual, de lo formal y abstracto. Se emparenta, de modo explícito, con el concepto de “interés colectivo”, al que tributa y con el que confluye.¹²

9. En la formulación de la Corte como “principio de preferente tutela constitucional” (Cf. SCJN, “Vizzoti”, del 14/9/2004).

10. CIDH, “Huilca Tecse”, del 3/3/2005.

11. “El decisivo paso de una representación de voluntades a una de intereses [...] como técnica correctiva del pluralismo”; Cf. Escudero, Ricardo, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 22.

12. Ver Giugni, Gino, *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Comares, Granada, 2004, p. 91; Seren Novoa, Guido A., *Interés colectivo y sindicato. Una crítica al modelo sindical argentino*, B de F, Buenos Aires, Montevideo, 2023.

¿De qué modo los criterios de representatividad y el principio democrático pueden articularse para una respuesta eficaz del sindicato en orden a sus fines? Así esbozado, postularíamos que una legítima representación construye adecuada representatividad, que ello requiere de una constatación, precisa y regular, del interés colectivo, y que la participación, deliberación y testeo democrático fideliza, refuerza y tracciona la acción sindical.¹³

En este punto, el simultáneo proceso de refrendo democrático y confirmación del interés colectivo puede visualizarse de dos maneras: una, al interior de la organización (democracia interna);¹⁴ y otra, en la puesta en relación de dos o más organizaciones (selección de la más representativa).¹⁵

De cara a las propuestas que se formulan hacia el final, ambas esferas, de corroboración, podrían ser exponentes de una línea de desarrollo de la Libertad Sindical en clave democrática y con la única función de fortalecer el cometido y acción sindical. Previo a ello, y como sendero de fundamentación o, en su caso, de apertura a otras discusiones, analicemos el derrotero del régimen sindical y su actual configuración, de fuente jurisprudencial.

II. Las “correcciones” al régimen sindical argentino

Las adecuaciones al régimen histórico, actualmente de fuente legal a través de la norma de la Ley 23.551, provienen de dos vías: una, de carácter previo y efecto de la correlación multinivel de fuentes normativas: la suprallegalidad¹⁶ de la norma internacional en este caso, en particular el Convenio

13. Gianibelli, Guillermo, “Neocorporativismo y libertad sindical en Argentina: redefiniendo representatividad y acción colectiva”, en Fernando Caparrós, Héctor Omar García y Juan Pablo Mugnolo (coords.), *El derecho del trabajo en tiempo de cambios. En honor de Adrián Goldin*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 747.

14. Prescripta por los arts. 8 y 16.g) de la Ley 23.551. Ver, para el sistema español, Gallardo Moya, Rosario, *Democracia sindical interna. Un análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1996.

15. En nuestro régimen mediante el otorgamiento de la Personería Gremial y, en su caso, la determinación del más representativo medido en afiliación cotizante (arts. 25 y 28 Ley 23.551). La dualidad representativa, entre sindicato con Personería y sindicato “simplemente inscripto”, y la desigual capacidad que de ello deriva, motivará las decisiones judiciales que se señalan en el texto.

16. También señalada como constitucionalización del Convenio 87 OIT por su inclusión expresa en el PIDESC y el PIDCP.

87 de la OIT y los efectos de los pronunciamientos de los órganos de control de la misma índole;¹⁷ y otra, recipiendaria de la primera, la jurisprudencia de nuestros tribunales, fundamentalmente de la Corte Suprema.¹⁸ Ello determina al menos dos cuestiones a considerar: una, la inconstitucionalidad sobrevinida de una parte sustantiva del régimen legal por discordancia con el sistema internacional al que la Constitución adscribe, y otro, más acuciante, la pervivencia de los mismos institutos objetados, en un sistema que se agrieta.¹⁹

La natural consecuencia de lo anterior llevaría a una propuesta implícita, la reformulación de las normas inconstitucionales, a través de una modificación legal que las adecue. Sin embargo, y luego de algunas consideraciones explicativas de lo indicado en el párrafo anterior, nos orientamos a una proposición más conceptual, y a la vez más instrumental en una lógica de actuación del sindicato y en una construcción de garantías para ello.

De modo resumido, la reexpresión definida por la Corte está dirigida a los siguientes aspectos: 1) la institución de la representación en el lugar de trabajo, que se abre a la paridad entre sindicatos con o sin personería gremial a los fines de su convocatoria y constitución;²⁰ 2) como consecuencia de lo anterior, y a la vez su proyección para todo candidato o miembro de órganos de representación, la tutela sindical de los representantes, sea de uno u otro tipo;²¹ 3) a la vez, respecto de las facultades de dicha representación, las derivadas de licencias, franquicias y/o derechos como el de retención de la cuota sindical en nómina, idéntico criterio de paridad;²² 4) muy decisivo,

17. Particularmente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que, al año 2020, considerando el año de publicación de sus informes, había observado la legislación sindical en veintiséis oportunidades.

18. A partir del señalado caso “Asociación Trabajadores del Estado” y los que se refieren en este apartado.

19. Gianibelli, Guillermo, “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las reformas pendientes en materia de relaciones colectivas”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Tomo 2020-2-, p. 465.

20. SCJN, “Asociación Trabajadores del Estado”, cit.

21. SCJN, “Rossi, Adriana c/ Estado Nacional-Armada Argentina s/ sumarísimo”, del 9/12/2009.

22. SCJN, “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, del 24/11/2015 y “Asociación del

aunque como veremos más adelante limitativo, el derecho de huelga, de titularidad sindical, cualquiera sea la condición del sujeto pero en la medida que cuente con dicha convocatoria y aval;²³ 5) igual de determinante, aunque ahora haciendo excepción a la regla de paridad que se venía sosteniendo, consolidación del sindicato más representativo (con Personería Gremial), por exclusión del sindicato sin la mayor representación (Simplemente Inscripto), de la negociación colectiva;²⁴ 6) aperturas a mayor libertad de organización en términos de estructura (sindicatos de ámbitos diversos, eliminación de preferencia del sindicato de actividad respecto del de empresa, etc.),²⁵ sosteniendo el método de compulsión de afiliación para los eventuales desplazamientos de personería; 7) limitación para la sindicalización en algunas particulares actividades o funciones (personal policial).²⁶

Más allá de las exigencias de ajustes normativos, conforme la fundamentación que por el régimen de prelación de fuentes cabría esperar, el mosaico precedente no necesariamente conforma una redefinición sistemática ni, tampoco, una eficiente reformulación en términos de garantías como se postulara más arriba. No solo que es objetable una operación jurídica de este calado y trascendencia sin una intervención sistemática, sino que del mismo modo se estaría opacando la participación de la soberanía popular, en cabeza del Poder Legislativo, bajo la única fuente de autoridad del control de constitucionalidad, en cabeza del Judicial. Por ello, un reenfoque en términos de legitimidad democrática, tanto en cuanto al órgano de regulación como al fin de dicha regulación, debería orientarnos a la función del sindicato y a una suficiente compatibilización con sus garantías de actuación en términos de eficacia. A ello nos referimos en nuestro último apartado.

Personal Superior de Autopistas e Infraestructura c/ Autopistas del Sol S.A. s/ amparo”, del 4/3/2021.

23. SCJN, “Orellano, Francisco Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina s/ juicio sumarísimo”, del 7/6/2016.

24. SCJN, “SCJN, “Ademus”, del 03/09/2020.

25. CNAT, Sala IV, “Ministerio de Trabajo c. Asociación Sindical de Intérpretes Masivos s. Ley de Asociaciones Sindicales”, de fecha 22/04/2010; CNAT, Sala II, “Ministerio de Trabajo c. Unión de Aviadores de Líneas Aéreas s. Ley de Asociaciones Sindicales”, 29/09/2011; entre otros.

26. SCJN, “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”, del 11/4/2017.

III. Propuestas destinadas al sostén de la acción sindical

En línea con lo expresado previamente, y más allá de la mera reade-cuación normativa por influjo de los fallos judiciales, ¿qué propuestas se encaminarían hacia: a) una corroboración democrática del interés colectivo y por tanto validación del sujeto para la acción; b) garantías de actuación y, con ello, de la eficacia del sindicato en la protección del trabajador en sentido amplio?²⁷

La apertura de representación, en particular en el ámbito de la em-presa, si bien permite reconocer realidades de representación efectiva, va-lidando democráticamente hacia abajo, no resuelve adecuadamente dos cuestiones sensibles: una, de qué modo se “reparte” la representación, entre más de un sindicato, sin importar aquí el estatus legal; y otra, cómo se con-fieren más facultades derivadas de dicha representación real, en especial respecto de la necesaria relación entre capacidad de conflicto y negociación para ponerle fin.

De lo anterior se deriva, entonces, por un lado, la titularidad de la huelga, y por tanto la correspondencia con los modos de regulación de los conflictos –Ley 14.786, por caso– y, por otro, el derecho de negociación y acuerdos colectivos –Ley 14.250–. En ambos casos, el andamiaje normativo excluye formas de representación “reales”, aunque no “legales”, de dichos instrumentos, aunque las resoluciones judiciales le hubiesen habilitado una esfera de actuación un tanto mayor –para la elección de delegados–, sin proyección “hacia arriba”, en otras formas representativas más generales.

Una necesaria observación, a esta altura, es pertinente. Para no caer en un mero dogmatismo, ni tampoco sobreestimar los alcances y efectos de la regulación, resulta claro que estos fenómenos de representación por fue-ra del sistema tradicional ni son extendidos ni recurrentes. Sí, es cierto, se verifican en algunos supuestos, y es respecto de ellos que habría que pensar

27. En este punto, la amplitud en el reconocimiento de la representación requiere superar el criterio de “trabajador dependiente” del art. 1 del DR de la Ley 23.551, estrictamente aplicado, aunque no en todos los supuestos, por la autoridad administrativa (ver por caso Resolución n.º 1289/23); o reconocer aptitud representativa respecto de trabajadores desempleados (como lo estableció la CTA desde sus orígenes); o respecto de trabajadores de la economía social (como en relación a la Personería Social otorgada a la “Unión de Trabajadoras y Trabajadores de la Economía Popular”, Resolución 449/21).

opciones adaptativas. Por supuesto que a la vez calibrando y verificando adecuadamente de modo de no habilitar instancias de representación falsas, manipuladas o controladas por terceros distintos a los propios trabajadores, y limitando una atomización sindical sin sustento real.

Es del caso, además, hacer otra contextualización, derivada del funcionamiento también “real” del sistema sindical, como sucede desde antaño, luego reglamentariamente normado –Resolución n.º 255/03– admitiendo la pluralidad sindical en el sector público. De dicha pluralidad, y trasladada al ámbito de la negociación colectiva, se podría extraer un mecanismo de participación, ahora extensible a otros sectores, en los que la genuina representación pugna por una participación, aunque sea minoritaria, en la negociación colectiva.²⁸

Por fuera de lo estrictamente sindical, y fundado esto en una reciente interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –OC 27/2021–, la titularidad del derecho de huelga debiera encaminarse a una concepción amplia, de modo que se reconozca a un sujeto colectivo dinámico.²⁹ Las peculiaridades del derecho de huelga, su conformación incluso antes de su propio reconocimiento, como fenómeno básico de contrapoder y actuación de parte de sujetos desfavorecidos en la relación con el empleador, y por ello, el pilar para la construcción de representación, obligan a acompañar acción con tutela de actuación.

28. Para los casos en que la legislación nacional prevea la aplicación de un procedimiento obligatorio para el reconocimiento de los sindicatos como agentes negociadores exclusivos (en representación de todos los trabajadores y no solo de los afiliados) deberán observarse las siguientes garantías: a) la concesión del certificado de reconocimiento por un órgano independiente; b) la elección de la organización representativa a través del voto de la mayoría de los trabajadores de las unidades de negociación interesadas; c) el derecho de toda organización que, en una elección previa, no haya logrado un número suficiente de votos a solicitar una nueva votación después de transcurrido determinado período; d) el derecho de una nueva organización no certificada a solicitar una nueva votación después que haya transcurrido un período razonable”; y que “cuando ningún sindicato agrupe a más del 50% de los trabajadores, los derechos de negociación colectiva deberán atribuirse a todos los sindicatos de la unidad interesada, al menos en representación de sus propios afiliados” (Cfr. Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio, *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, OIT, Ginebra, 2000, p. 16).

29. Ver dictamen del Fiscal General del Trabajo en el caso “Orellano”, resuelto por la Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

En consecuencia, en orden a la recíproca interacción entre autenticación del interés colectivo y fortalecimiento de la acción sindical, cabrían permear las fórmulas representativas con mecanismos más insistentes de validación democrática, en términos de participación en la secuencia propia del *íter* sindical: conflicto, su exteriorización –huelga u otras medidas de acción–, asambleas u otras formas de debate al interior, negociación, conformación y confirmación del acuerdo. Por cierto, existe una delgada línea entre la autonomía sindical, que legítimamente puede adoptar dichas formas de participación, y la intervención externa que imperativamente las establezca. Una contenida legislación de promoción de la acción sindical y de la democracia interna debería procurar no avasallar la primera en mérito de las segundas.

Por lo demás, y aún en el limitado campo de las experiencias existentes, la validación también democrática de contienda entre organizaciones, en un régimen que mantiene, como hemos visto, la diferenciación entre sujetos, requiere de procedimientos oportunos, ágiles y efectivos de desplazamiento de la Personería Gremial en aras de registrar procesos reales de representación.³⁰

Por último, y sin perjuicio de reiterar el alcance limitado de estas propuestas, solo como un ejercicio para la continuidad del debate, en línea con la indicada importancia de la acción sindical en el contexto de sociedades democráticas, resulta pertinente incorporar la función de garantía mediante la intervención del órgano jurisdiccional de modo contemporáneo al ejercicio de los derechos colectivos. Como es sabido, la tutela de dichos derechos, en particular los relativos a la huelga u otras medidas de conflicto, o ante cualquier tipo de prácticas discriminatorias en procesos de constitución del sujeto, de organización, de elección de representantes, etc., solo puede satisfacerse en el propio tiempo y en la propia acción que transcurre. En estos casos el tiempo de la tutela es determinante de la propia existencia del derecho.³¹

30. Ver en tal sentido el contrapunto entre los casos: CNAT, Sala II, “Ministerio de Trabajo y Seguridad Social c/ Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro y otros s/ Ley de Asoc. Sindicales”, del 6/3/2017 y CNAT, Sala IX, “Ministerio de Trabajo y Seguridad Social c/ Unión de Trabajadores de Prensa de Buenos Aires s/ Ley de Asoc. Sindicales”, del 6/6/2023.

31. Sepúlveda Gómez, María, *Los medios de protección de la libertad sindical*, Bomarzo, Albacete, 2006.

Todo ello por cuanto, como lo expresa Dworkin, la democracia requiere de acción colectiva, y esta no es cualquier tipo de acción, sino aquella que, de modo comunitario, es colectiva en el más profundo sentido, no como mera adición estadística de individuos, sino en cuanto grupos que son capaces de interpretar una sinfonía.³²

Bibliografía

- Basualdo, V. y Jasinski, A., “La represión a los trabajadores y el movimiento sindical, 1974-1983”, en G. Águila *et al.* (coords.), *Represión estatal y violencia paraestatal en la historia reciente argentina. Nuevos abordajes a 40 años del golpe de Estado*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017.
- Campos, Luis, *La fortaleza. Sindicatos, Estado y relaciones de fuerzas (Argentina, 1945-2001)*, PIMSA, Ediciones Imago Mundi, Buenos Aires, 2023.
- Corte, Néstor, *El modelo sindical argentino. Régimen legal de las asociaciones sindicales*, 2da. edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Escudero, Ricardo, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio, *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, OIT, Ginebra, 2000.
- Gianibelli, Guillermo, “Neocorporativismo y libertad sindical en Argentina: redefiniendo representatividad y acción colectiva”, en Fernando Caparrós, Héctor Omar García y Juan Pablo Mugnolo (coords.), *El derecho del trabajo en tiempo de cambios. En honor de Adrián Goldin*, Ediar, Buenos Aires, 2017.

32. Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 124.

- “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las reformas pendientes en materia de relaciones colectivas”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Tomo 2, 2020.
- Giugni, Gino, *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Comares, Granada, 2004.
- Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9na. edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- Sepúlveda Gómez, María, *Los medios de protección de la libertad sindical*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- Seren Novoa, Guido A., *Interés colectivo y sindicato. Una crítica al modelo sindical argentino*, B de F, Buenos Aires, Montevideo, 2023.

Indemnización por despido versus fondo de capitalización individual: apuntes contra una eventual reforma inadmisibles

*Héctor Omar García**

Resumen

La Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema de protección contra el despido sin causa que reglamenta el mandato tuitivo del trabajador conferido al legislador por el primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional. El modo de proteger al sujeto hiposuficiente contra la extinción contractual dispuesta potestativamente por el empleador consiste en la imposición de una indemnización tarifada a cargo de este, al que la ley por otra parte asegura la eficacia del distracto. Este sistema se encuentra, una vez más, sometido a crítica por opiniones que, tras el objetivo de evitar la litigiosidad, postulan su reemplazo por un fondo de capitalización individual similar al establecido en la Ley 22.250 para el personal de la industria de la construcción o al previsto en la legislación austríaca. El presente trabajo, luego de repasar la doctrina iuslaboral y constitucional, y las normas internacionales integradas al ordenamiento jurídico argentino, junto a las interpretaciones de sus respectivos organismos de control (conforme lo establecido en el art. 75.22 de la norma fundamental), concluye en la inadmisibilidad de una reforma legal como la propuesta por su incompatibilidad con las fuentes de mayor jerarquía.

* Abogado (UBA); Especialista en relaciones laborales (Universidades de Bolonia y de Castilla-La Mancha); Titular de cátedra regular de la Facultad de Derecho (UBA); profesor y miembro de la Comisión Académica, de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho (UBA); expresidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; hgarciaomar@gmail.com.

Palabras clave: Principio protectorio, protección contra el despido arbitrario, indemnización por despido, derecho al trabajo, fondo de cese laboral, mochila austríaca.

Severance Indemnity Versus Individual Capitalization Fund: Notes Against a Possible Inadmissible Reform

Abstract

The Employment Contract Law establishes a system of protection against dismissal without cause that regulates the worker's protection mandate conferred to the legislator by the first paragraph of Article 14 bis of the Constitution. The way to protect the weaker party against contractual termination at will by the employer consists in the imposition of a fixed indemnity to be paid by the employer, to whom the law, at the same time, ensures the effectiveness of the dismissal. This system is, once again, subject to criticism by those who, with the aim of avoiding litigation, postulate its replacement by an individual capitalization fund similar to the one established in Law 22.250 for construction industry personnel or to the one provided for in Austrian legislation. This paper, after reviewing the labor and constitutional legal doctrine, and the international norms integrated into the Argentine legal system, together with the interpretations of their respective control agencies (pursuant to the provisions of article 75.22 of the Fundamental Law), concludes that a legal reform such as the one proposed is inadmissible due to its incompatibility with the higher-ranking norms.

Keywords: Protective Principle, Protection Against Arbitrary Dismissal, Redundancy Payment, Right to Work, Termination Fund, Austrian Backpack.

I. Introducción

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), mediante diversas normas –principalmente sus artículos 90,¹ 91,² 242,³ 245⁴ y 252–,⁵ establece un sistema

1. “Art. 90. — Indeterminación del plazo.

El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias:

- a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración.
- b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen.

La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado.”

2. “Art. 91. — Alcance.

El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley.”

3. “Art. 242. — Justa causa.

Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación...”

4. “Art. 245. — Indemnización por antigüedad o despido.

En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo. [...]

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.”

5. “Art. 252. —Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.

A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17,

de protección contra el despido arbitrario, o inmotivado, que reglamenta el mandato conferido al legislador por el primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional. El modo de proteger al trabajador contra la extinción contractual dispuesta discrecionalmente por el empleador consiste en el pago de una indemnización tarifada que toma como base de cálculo la remuneración y la antigüedad del dependiente en la empresa (art. 245 LCT).

Ese sistema, en la actualidad, ha vuelto a encontrarse inmerso en la polémica. Una vez más, es sometido a crítica por opiniones que, tras el objetivo de evitar la litigiosidad –supuestamente desmesurada a escala industrial–,⁶ postulan su reemplazo por un fondo de capitalización individual similar al establecido en la Ley 22.250 para el personal de la industria de la construcción, esgrimiendo argumentos estrictamente económicos, entre los cuales se destaca la preferencia por el sistema establecido en la legislación austríaca, asiduamente denominado “mochila”.

El presente trabajo tiene por modesta finalidad la de intentar una breve incursión en ese debate, con fundamentos excluyentemente jurídicos, orientados a poner en cuestión la hipótesis de integración de tales regímenes, enarbolados como referentes o modelos, al ordenamiento argentino, por su incompatibilidad con la normativa constitucional y suprallegal.

II. Despido inmotivado y protección legal contra el despido arbitrario

La doctrina jurídica argentina más eminente en el derecho del trabajo y el derecho constitucional, aun con desacuerdos teóricos entre sus

inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales...”.

6. Véase: Ackerman, Mario E., “Propuesta novedosa, imaginativa y audaz, para terminar con la diabólica industria del juicio”, en *Rubinzal Culzoni On Line* (RC D 235/2023).

principales autores, no plantea dudas acerca de la compatibilidad de la indemnización por despido sin causa con la protección legal contra el despido arbitrario que demanda el art. 14 bis, primer párrafo, de la Constitución Nacional. Por un imperativo de brevedad, nos limitamos a traer a colación aquí las opiniones de solo dos autores representativos de nuestra mejor doctrina en sendas disciplinas, Justo López y Germán Bidart Campos, a cuya relectura en relación con el tema arriba enunciado nos abocamos en este apartado introductorio.

En uno de sus enjundiosos ensayos dedicados al despido y la estabilidad en el empleo, Justo López reparó en la “fundamental conexión” que existe entre el “derecho a la estabilidad” y la invalidez del despido arbitrario. En el desarrollo de su trabajo, el recordado maestro caracterizó el despido –y de igual modo la renuncia– como un *acto normativo derogatorio*, en la inteligencia de que la extinción de la relación de trabajo se produce por derogación de su *f fuente normativa*, esto es, el contrato de trabajo. En el negocio jurídico bilateral –profundizaba Justo López–, el ordenamiento jurídico admite que la norma igualmente bilateral que origina la relación de trabajo sea derogable en forma unilateral, ya sea por un acto del empleador (despido) o del trabajador (renuncia), que opera como “fuente de *contra-norma*”.⁷ Adentrado en especulaciones en torno al despido adjetivado por la constitución como *arbitrario*, Justo López aplica este concepto a todo despido desprovisto de causa o de motivación –es decir, sin motivo invocable como fundamento de su validez y licitud–, o “desnudo” (*ad nutum*), que contrasta con el despido *motivado* por alguna “justa causa invocable como fundamento de su validez y licitud”. Ambas subespecies de despido injustificado, según el jurista citado, se encuentran indistintamente comprendidas en la garantía contenida en el artículo 14 bis de la Constitución.⁸

Con la opinión de Justo López –que concita mi adhesión– coincide parcialmente la del eximio constitucionalista Germán Bidart Campos. En su insoslayable examen del artículo 14 bis,⁹ este jurista interpreta los sentidos

7. López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *LT*, t. XXI, pp. 290-291 (destacado en el texto original).

8. *Ibidem*.

9. Bidart Campos, Germán J., “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, en *TySS*, 1981, pp. 481-560.

diferentes que tienen las fórmulas “protección contra el despido arbitrario” y “estabilidad del empleado público”. Luego de repasar los distintos efectos de la estabilidad “propia o absoluta” –unificando así, sin matizaciones, estos subtipos de permanencia del dependiente en la relación de trabajo– y la relativa o impropia, Bidart Campos no duda en afirmar que, para el empleo privado, lo que consagra la norma constitucional a través de la locución “protección contra el despido arbitrario” es la estabilidad en sentido impropio,¹⁰ a pesar de que la voz “estabilidad” no aparece mencionada en ella, como sí, en cambio, figura en la garantía concedida al empleo público¹¹ y –agregamos– también en la que el segundo párrafo *in fine* de la norma constitucional dispensa a los representantes gremiales sin distinciones entre empleo público y privado.

El mencionado constitucionalista se pregunta, en el estudio citado, si todo despido sin causa es “arbitrario” y si el amparo jurídico que la Constitución obliga a proveer frente a esa especie de despido excluye la tutela del “no arbitrario”. En el pensamiento de Bidart Campos, en cuanto se diferencia del de Justo López, no toda ruptura injustificada del vínculo laboral puede reputarse arbitraria. El mismo autor argumenta que el término *arbitrario*, en el derecho constitucional, ha adquirido suficiente precisión como opuesto a *razonable* y “siempre denota inconstitucionalidad”, por lo cual “un despido arbitrario no es lo mismo que un despido injustificado”. Bidart Campos distingue el despido objeto de expresa protección constitucional al trabajador mediante adjetivaciones que hiperbolizan sus características y efectos; ese despido vendría a ser, así, “agravante, injurioso, ofensivo e irrazonable”¹² y, por lo tanto, merecedor de un amparo

10. Para una visión actual y crítica del sistema de estabilidad laboral en la normativa argentina, véase Di Giorgio, Federico, *La extinción de la relación laboral de los trabajadores en condiciones de jubilarse. La cláusula guillotina*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2023, pp. 9-35.

11. *Ibidem*, p. 502.

12. Bidart Campos pone como ejemplos los casos “de la empleada durante el embarazo o por causa de maternidad; el del trabajador que participa en una huelga legal, o por causa de su afiliación o desafiliación a un sindicato; el del trabajador al que su patrón imputa conductas graves o delictivas no probadas; el del trabajador en período de enfermedad, o (despedido) por razones éticas, religiosas, raciales, etc.”. Estos supuestos de despido enunciados ejemplificativamente por el autor mencionado, actualmente, de acuerdo con

más intenso que el que carece de motivación (por ej., una mayor indemnización). Este autor separa los conceptos de despido arbitrario y “no arbitrario”, entendido este como aquel que se dispone simplemente porque el empleador quiere prescindir del empleado, o porque cierra su establecimiento o reduce su personal. Esa distinción, sin embargo, no conduce a Bidart Campos a apartar al despido inmotivado de la protección constitucional. En la opinión del destacado constitucionalista, la ley es constitucional incluso cuando protege al trabajador contra el despido “no arbitrario”, porque –afirma Bidart Campos– si bien la Constitución no obliga al legislador a otorgar protección contra esta subespecie de desvinculación de un trabajador, tampoco se lo impide; empero, para Bidart Campos la ley sería inconstitucional si, al proteger contra el despido sin causa, “valorase a este en pie de igualdad con el despido arbitrario, al que la Constitución califica diferenciadamente”.¹³

Por nuestra parte, entendemos que ese plus de tutela requerido por Bidart Campos frente a un despido reputado arbitrario es susceptible de interpretarse en términos tanto cuantitativos (es decir, a través de un resarcimiento integral de todo daño y perjuicio o un importe indemnizatorio proporcionalmente mayor al otorgado en supuestos de simple despido inmotivado) como cualitativos (es decir, una tutela de mayor intensidad como, por ejemplo, un refuerzo en la exigencia de causalidad o el sometimiento de la decisión patronal a un procedimiento previo a la eficacia extintiva del acto, o mediante la reparación *in natura*, esto es, la declaración de nulidad del despido con la consecuente readmisión del trabajador despedido). Está claro que, sometido a la mirada crítica de Bidart Campos, el art. 245 LCT no cumpliría cabalmente con el art. 14 bis en la medida en que protege al trabajador que pierde su empleo por decisión de su patrono con una tarifa indemnizatoria uniforme, que se desentiende de la mayor o menor gravedad del perjuicio provocado al dependiente por el distracto.

la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y varios tribunales superiores provinciales, serían reputados discriminatorios o pasibles de un agravamiento en su indemnización por sumar un agravio moral no resarcible por la sola aplicación de la ley laboral. Véase Bidart Campos, *op. cit.*, p. 505.

13. *Ibidem*, p. 502.

No obstante, el señalamiento precedente, en la medida en que participamos de la corriente doctrinal representada aquí por Justo López, entendemos que la indemnización tarifada establecida en el art. 245 LCT constituye una reglamentación válida, en términos del art. 28 de la Constitución Nacional, de la garantía contra el despido arbitrario plasmada en el art. 14 bis, primer párrafo, de la propia norma fundamental. Consideramos, asimismo, que la constitucionalidad de la norma legal ha sido convalidada –aunque con la aplicación de un correctivo sobre el tope máximo de la tarifa– por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.¹⁴

Arribados a este punto, surgen algunos interrogantes, particularmente relacionados con las propuestas de reforma laboral que circulan en tiempos actuales. El primero: si el régimen de estabilidad impropia en las relaciones de trabajo del sector privado armoniza también con otras normas de jerarquía superlativa –constitucional o superior a la ley– que integran el ordenamiento jurídico federal a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75.22). El segundo: si la metodología de indemnización tarifada a cargo del empleador puede ser reemplazada por otras formas de protección sin infringir la normativa superior; concretamente, si la obligación de indemnizar el despido inmotivado es válidamente sustituible por un fondo de capitalización individual igual o semejante al que establece la Ley 22.250 para el personal que se desempeña en la industria de la construcción. Por razones metodológicas y especialmente de limitación del espacio concedido para esta contribución, dejaremos al margen los casos de despidos que tienen como causa una motivación discriminatoria, que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema,¹⁵ la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y diversos tribunales superiores provinciales pueden dar lugar a la reinstalación de la persona despedida sobre la base de la aplicación de la Ley 23.592. Intentaremos esbozar algunas respuestas en los apartados subsiguientes.

14. Véase: CSJN, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c. AMSA s/despido” (Fallos: 327:3677).

15. Véase las sentencias de la CSJN: “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7/12/2006 (Fallos: 333:2306); “Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A.”, 23/06/2011 (A. 530. XLIII), “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A. s/ acción de amparo” (P. 1508. XLII); y “Cejás, Adrián Enrique c. FATE S.A. s/juicio sumarísimo”, 26/03/2013 (C. 823. XLVI).

III. La protección contra el despido incausado en el derecho internacional de los derechos humanos

Las limitaciones del espacio concedido para esta contribución no nos permiten un tratamiento extenso de las fuentes de jerarquía constitucional o superior a la ley que contienen prescripciones destinadas a proteger al trabajador contra el despido incausado. Por ello, nos centraremos en referencias breves a las normas que nos resultan imprescindibles.

El art. 6.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, declara que los Estados Partes en dicho tratado “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. El derecho a trabajar que el PIDESC convoca a ser garantizado adecuadamente por los Estados miembros de las Naciones Unidas ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), en la *Observación General N°18*, del 24/11/2005, en relación con el *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo* (1982), n.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este convenio –no ratificado por la Argentina–, en su art. 4, prioriza la necesidad de causalidad para poner fin a una relación de trabajo por iniciativa del empleador¹⁶ y, en el art. 10, llega a contemplar la hipótesis de readmisión del trabajador despedido. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su *estudio general* dedicado al referido convenio, enfatizó la importancia de la necesidad de que la extinción del vínculo laboral se fundamente en una causa justificada,¹⁷ y, con respecto

16. “1. No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

17. “La necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización...” Cfr. OIT, *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm.*

a la readmisión contemplada en el art. 10 del convenio 158, el organismo de control internacional matizó que, si bien “el artículo 10, tal como está redactado, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada”, se mantiene flexible, en tanto “prevé otras vías de reparación” en función de los poderes de tribunal u organismo neutral que tuviere intervención y “de la aplicabilidad en la práctica de una decisión que anulase la terminación y propusiera la readmisión”. El CDESC, en la citada *Observación General N°18*, se refirió también a la readmisión (“restitución”) del trabajador, entre otras formas de “reparación adecuada”.¹⁸

El derecho al trabajo también se encuentra reconocido en el art. 45, literal b), de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (OEA), reformada por el *Protocolo de Buenos Aires*, del 27 de febrero de 1967, como “un derecho y un deber social”.¹⁹ A su vez, el *Protocolo de San Salvador* –al que, en interpretación de Arese, basada en el art. 77 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cabría atribuir la “jerarquía constitucional, por tratarse de un documento ampliatorio de la propia convención, o, al menos, indudablemente de rango superior a las leyes”–, en su artículo 7, literal b), compromete a los Estados Partes a garantizar en su legislación “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”, y agrega que, “(e)n casos de

166) *sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 37, párr. 75.

18. “Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. [...] Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que pueden adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición.”

19. “45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...]”

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. Estas cláusulas, según advierte el jurista citado, dan lugar a extraer varias interpretaciones, entre ellas, que, ante el despido injustificado, la legislación de los Estados debe otorgar al trabajador alguna de estas tres soluciones: *a)* derecho de este a elegir entre las tres posibilidades de reparación enunciadas en la norma internacional (readmisión, indemnización u otra prestación); *b)* previsión de las tres alternativas y, luego, indicación de solo una de ellas según el caso (*v.gr.*, readmisión en supuestos de despidos discriminatorios y de representantes sindicales e indemnización análoga a la del art. 245 LCT en los restantes); y *c)* otorgamiento de prestaciones por desempleo, descartándose la reparación resarcitoria o la readmisión.²⁰

IV. Sobre la constitucionalidad de la indemnización prevista en el art. 245 LCT y de su eventual sustitución por un sistema de fondo de capitalización

Vamos ahora a la búsqueda de respuestas al segundo interrogante planteado más arriba, esto es, si el pago de una indemnización impuesta legalmente al empleador puede ser reemplazada por otras formas de protección contra el despido incausado sin infringir la normativa superior, y, en especial, si la obligación legal de indemnizar el despido inmotivado es válidamente sustituible por la liquidación de una suma acumulada en un fondo de capitalización individual igual o semejante al que establece la Ley 22.250 para los trabajadores de la industria de la construcción. A modo de marco general de la cuestión, recordaremos preliminarmente el análisis de Mario Ackerman al sistema legal de *duración indefinida del contrato de trabajo, causalidad de la extinción e indemnización* que tiene como eje los arts. 90, 91, 242, 245 y 252 LCT, y luego efectuaremos algunas remisiones comparativas a la Ley 22.250 y los sistemas normativos brasileño y austríaco, que compensan el despido por voluntad del empleador, además de otras formas de extinción de contrato de trabajo, mediante fondos reunidos por cotizaciones del empleador.

20. Arese, César, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 457-458 y 460-461.

Ackerman concluye su examen del sistema legal de tutela contra el despido injustificado señalando que, mediante la técnica de la *estabilidad relativa impropia*,²¹ el legislador procuró compatibilizar una doble protección: la que la Constitución sintetiza en la tutela del trabajador contra el despido arbitrario (art. 14 bis) y la garantía constitucional del derecho de propiedad del empleador (art. 17). En cuanto a la primera, el profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, sobre la base de su visión del despido sin causa como un acto ilícito contractual que genera la imposición legal del pago de una indemnización,²² revela que con la imposición legal de una indemnización a favor del trabajador *despedido arbitrariamente* se persigue una *triple* finalidad: *a) punitiva* del comportamiento antisocial del empleador que priva al trabajador de su empleo; *b) reparadora* de los daños y perjuicios causados por el comportamiento antijurídico, en la que la indemnización tarifada del art. 245 LCT funciona como una suerte de cláusula penal de fuente legal, análoga a la prevista en el art. 656 del Código Civil (derogado por la Ley 26.994, que a su vez aprobó el Código Civil y Comercial); y *c) disuasiva* de la tentación del empleador de abusar de la supremacía en el vínculo laboral que le reconoce el ordenamiento jurídico, en cuanto, dada la subordinación en la que se encuentra el trabajador dependiente, aquella

21. En la clasificación –o tipología– de Horacio de la Fuente, la estabilidad *relativa* es la que se configura cuando, una vez “violado el derecho a conservar el empleo, no se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador”. La *relativa impropia* se configura “cuando el derecho a conservar el empleo no ocasione la ineficacia del despido, si bien la norma de protección sanciona de diferentes formas el incumplimiento contractual (indemnizaciones, sanciones administrativas, etc.)”. Acerca de la estabilidad absoluta y relativa, propia e impropia, véase: De la Fuente, Horacio Héctor, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, especialmente pp. 23-32.

22. “(D)el diseño legal de los artículos 90, 91 y 252 de la LCT se desprende que el llamado contrato de trabajo por tiempo indeterminado es, en rigor, un *contrato a plazo incierto*. Plazo este establecido a favor del trabajador que puede *renunciar* a él (art. 240, LCT) preavisando a su empleador por los plazos que le impone la ley (arts. 231, LCT, y 6º, ley 25.013). El empleador, en cambio, está obligado a respetar el plazo legal y, frente a la violación de esta obligación, el ordenamiento jurídico reacciona imponiéndole el pago de una indemnización tarifada.” Cfr. Ackerman, Mario E., “Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Laboral*, T. 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 152-155 (destacado conforme al texto original).

supone una relación de poder; en tal situación, el costo económico que implica el pago de la indemnización opera como un factor que desalienta tanto la ruptura directa e incausada del contrato de trabajo como el eventual ejercicio abusivo de los poderes de dirección y disciplinario del empleador y la consecuente provocación del despido indirecto.²³

Si revisamos el fondo de cese estatuido en la Ley 22.250, encontramos que la liquidación y pago de la suma acumulada en la cuenta del trabajador no persigue los fines punitivos ni disuasivos, propios de la indemnización por despido inmotivado, puestos a la luz por Ackerman; fines que permitirían al sistema establecido en el estatuto especial entablar una relación de compatibilidad con el art. 14 bis de la Constitución Nacional y la normativa internacional de jerarquía superior a la ley. Como es sabido, el denominado *Fondo de Cese Laboral* característico del mencionado estatuto profesional de la industria de la construcción redundaba en el pago de una suma de dinero que recibe el trabajador que se desempeña en esa actividad cuando se extingue su relación de trabajo por cualquier causa. Generalmente, la extinción vincular coincide con la finalización de la obra, lo cual proporciona al régimen un dato objetivo justificante de la terminación de la relación de trabajo que diferencia a las relaciones jurídicas reguladas por el estatuto profesional de las sujetas a la estabilidad o conservación del contrato previstas en los arts. 91, 92 y concordantes de la LCT. Con todo, no es posible pasar por alto que el derecho al cobro es idéntico aun cuando el trabajador sea despedido *ante tempus*, es decir, en forma inmotivada con antelación a la finalización de la obra, e incluso si es este quien decide poner fin a la relación de empleo.

El fondo se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, que –de acuerdo con el art. 15 de la Ley 22.250, modificado por art. 14 de la Ley 25.371– es equivalente al doce por ciento (12%) de la remuneración mensual del trabajador, que aquel debe depositar con la misma periodicidad durante el primer año de relación, y pasa a ser del ocho por ciento (8%) de la misma base salarial a partir del año de antigüedad.²⁴

23. *Ibidem*.

24. La base de cálculo de la cotización empresarial incluye los salarios básicos derivados del convenio colectivo 76/75 y los adicionales establecidos por convenio colectivo (el aplicable a la actividad es el n.º 76/75), con más los incrementos que hubiera dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional en forma general, o los concedidos por el empleador en forma voluntaria, sobre los referidos básicos, con exclusión del aguinaldo. Los aportes al fondo

Teniendo en cuenta la opinión citada al comienzo de este apartado y en aras de determinar la compatibilidad, o incompatibilidad, del fondo de cese laboral establecido en la Ley 22.250 con el art. 14 bis de la Constitución Nacional, apuntamos, junto a autores muy avezados en el conocimiento del mencionado estatuto especial, que la naturaleza jurídica de la prestación derivada del fondo de cese no es la de una indemnización, sino se asimila a la de un *salario diferido* (Pujadas y Taddei), o a una *compensación por tiempo de servicio* (Sappia), puesto que, por un lado, la suma capitalizada es percibida por el trabajador cualquiera sea la parte que haya dispuesto la extinción del vínculo laboral y aunque el mismo día de la finalización del contrato aquel consiga una nueva ocupación²⁵ y, por otro, porque el estatuto no plantea la estabilidad del trabajador como una condición exigible en el contrato de trabajo específico, con lo que no da lugar a expectativa de mantenimiento del vínculo.²⁶ De tal manera, el abono del capital acumulado en el fondo de cese carece de la triple finalidad –punitiva, reparadora y disuasiva– desvelada por Ackerman, que permitiría calificar a la prestación establecida en el art. 15 del estatuto profesional como una forma válida de cumplimiento legal del mandato impartido por el artículo 14 bis. Asimismo, la inmutabilidad de la suma que percibe el trabajador –que no se modifica si el trabajador es despedido arbitrariamente ni si el contrato se extingue por renuncia o cualquier otra causa– nos redirige al pensamiento de Bidart Campos, sintetizado en el apartado introductorio del presente trabajo, según el cual el despido *arbitrario*, por ser el supuesto protegido por la norma constitucional, debe ser acreedor de una protección de mayor intensidad que la que se otorgue en caso de simple despido sin causa.

Si desplazamos nuestra mirada hacia otros sistemas jurídicos que procuran enfrentar las consecuencias del despido, con o sin causa, mediante

no pueden ser modificados por convenciones colectivas y, para el cálculo de la cotización, no se tienen en cuenta el sueldo anual complementario ni los eventuales recargos legales sobre horas suplementarias e indemnizaciones de cualquier naturaleza.

25. Pujadas, Marta y Taddei, Pedro, “Estatuto de la industria de la construcción”, en García, Héctor O. (dir.) y Virgili, Claudio S. (coord.), *Relación de trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 2013, T. V, p. 399.

26. Sappia, Jorge J., “Régimen laboral de la industria de la construcción”, en Sappia, J. J. y Pécora, Rosalía A., *Estatutos particulares en el derecho del trabajo argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 38.

mecanismos semejantes al fondo de cese laboral previsto en la Ley 22.250, encontramos dos casos que merecen atención, uno en Sudamérica y el otro en Europa: se trata del *Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio* brasileño y la *Indemnización acumulativa* del ordenamiento austríaco, coloquialmente denominada *mochila*. Adelantamos desde ya que ninguno de estos sistemas podría ser trasladado a la legislación argentina sin entrar en colisión con la normativa constitucional y supralegal, según se puede constatar a través de las descripciones que prosiguen. En todo caso, no recibiría las mismas objeciones un mecanismo semejante que fuera establecido por medio de la negociación colectiva, siempre que el resarcimiento que esta proveyera al trabajador fuese más favorable que el que surge de la aplicación del art. 245 LCT.

a) *Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS)*

Conforme reseña Godinho Delgado,²⁷ este sistema fue instaurado en 1967 por el régimen dictatorial que asumió el gobierno del Brasil en 1964 en reemplazo del modelo de la *Consolidación de las Leyes de Trabajo*, que restringía las posibilidades de despido puramente potestativo para el empleador aplicando una doble metodología: de indemnización en función de la antigüedad del trabajador (cuando esta era inferior a diez años) y de estabilidad en el empleo (a partir de los diez años de servicio; plazo que la jurisprudencia redujo a nueve años). Actualmente, el FGTS se encuentra regulado por la Ley n.º 8.036, de 1990, luego de que la Constitución Federal, sancionada el 5 de octubre de 1988 y aún vigente, lo incluyera expresamente en su art. 7, apartado III.²⁸

Este fondo, al igual que el de la Ley 22.250, consiste en un sistema de capitalización individual basado en cotizaciones obligatorias del empleador, equivalentes al 8% de la remuneración del trabajador, que el empleador debe depositar mensualmente en una cuenta a nombre de aquel, con destino

27. Godinho Delgado, Mauricio, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edición, LTr, São Paulo, 2009, pp. 1026-1029.

28. Aunque el apartado I del artículo 7 de la Constitución de 1988 enuncia también el derecho “al trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin causa, como provisto en la ley complementaria que establece indemnización compensatoria”.

a sustituir las indemnizaciones por despido sin causa y por acuerdo extintivo bilateral, cierre del establecimiento o fallecimiento del dependiente.

b) Sistema austríaco: la denominada “mochila”

A partir de la reforma legal que tuvo lugar en 2002, cuando la *Ley de Asistencia a los Autónomos y a los Trabajadores de las Empresas* (BMSVG) reemplazó a la *Ley de Indemnización Cumulativa de los Obreros*, de 1979 (ArbAbfG), se produjo un cambio estructural en el sistema, dado que el pago de la *indemnización* derivada de la extinción de la relación de trabajo dejó de corresponder al empleador para pasar a ser responsabilidad de un ente de asistencia empresarial, aunque su denominación es *Caja de Asistencia a los Trabajadores*.²⁹

En este sistema, que se considera enmarcado en el concepto de flexi-seguridad (*flexicurity*), el trabajador que es parte en una relación laboral iniciada con posterioridad al 31 de diciembre de 2002 cobra de la referida *caja* el monto acumulado durante el período de cotizaciones que debe tener, como mínimo, tres años contados desde el comienzo de la cotización. El aporte del empleador, que es significativamente más bajo que el que se exige en los sistemas argentino y brasileño –equivalente al 1,53% del salario del empleado– debe depositarse mensualmente (con excepción del primer mes de relación de trabajo) en la *caja* de asistencia. Si los aportes provienen de uno o más empleadores, el período de cotización se computa de manera conjunta. El cobro de la denominada “indemnización acumulativa” queda habilitado a partir de la extinción de la relación laboral, y el pago de la suma acumulada no lo hace el empleador sino la *caja*. De este modo, el derecho tradicionalmente jurídico laboral se aproxima a una forma de prestación de la seguridad social. El trabajador no pierde los derechos adquiridos con respecto al capital ni en caso de renuncia,³⁰ pero sin embargo no puede reclamar su pago si ha renunciado o ha sido despedido por su culpa.

29. La información sobre el sistema de capitalización austríaco ha sido tomada de Löschnigg, Günther, *Derecho austríaco del trabajo desde una óptica europea del derecho del trabajo*, estudio preliminar y traducción de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016, pp. 256-263.

30. La denominación extraoficial de “mochila” entendemos que alude a que el capital que se acumula en el fondo acompaña al trabajador a lo largo de toda su trayectoria en el mercado de trabajo.

V. Conclusiones

De acuerdo con la doctrina científica iuslaboral –tradicional y actual– e igualmente con la jurisprudencial, la cláusula constitucional que ordena al legislador proteger al trabajador contra el despido arbitrario se encuentra cumplida, en condiciones de suficiencia y validez, en el art. 245 LCT.

Ello, sin perjuicio de que –como se observa en las normas internacionales aplicables en Argentina que amparan el derecho *al trabajo* (PIDESC, Carta de la OEA y Protocolo de San Salvador), acompañadas por las interpretaciones de los organismos de control (CDESC y CEACR)– el pago de una indemnización no es el único modo admisible de otorgar la protección requerida al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico (conf. art. 75.22 CN).

No dejamos de lado la opinión de un insigne constitucionalista como Bidart Campos, sino, al contrario, relacionamos su interpretación de la referencia a la *arbitrariedad* del despido, contenida en el art. 14 bis, como la exigencia constitucional de un plus de protección legal, que a nuestro juicio podría manifestarse tanto en términos cuantitativos (agravamientos indemnizatorios) como cualitativos (énfasis en la causalidad o en la estabilidad).

No consideramos admisible, por imposible armonización con el mandato constitucional de otorgar protección al trabajador contra el despido arbitrario, la sustitución del sistema de estabilidad *impropia* o de indemnización tarifada, instituido en el régimen laboral general que regula el contrato y la relación de trabajo, por un sistema de fondo de capitalización análogo al que contempla el estatuto profesional de la industria de la construcción o las legislaciones brasileña y austríaca.

Por último, dado que la obligatoriedad de proteger contra el despido arbitrario tiene por destinatario al legislador, no nos merecería objeciones el establecimiento de un fondo de cese, o mecanismo semejante, que fuese establecido en una convención colectiva (conf. art. 8º LCT y 7º de la Ley 14.250, t.o. por decreto 1135/04), siempre que el resarcimiento resultante en beneficio del trabajador fuese más favorable que el derivado del art. 245 de la LCT.

Bibliografía

- Ackerman, Mario E., “Propuesta novedosa, imaginativa y audaz, para terminar con la diabólica industria del juicio”, en *Rubinzal on line* (RC D 235/2023).
- “Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Laboral*, T. 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 149-179.
- Arese, César, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, 1ra edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.
- Bidart Campos, Germán J., “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, en *Trabajo y Seguridad Social*, 1981, pp. 481-560.
- Di Giorgio, Federico, *La extinción de la relación laboral de los trabajadores en condiciones de jubilarse. La cláusula guillotina*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2023.
- García, Héctor Omar (dir.) y Virgili, Claudio S. (coord.), *Relación de trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- Godinho Delgado, Mauricio, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edición, LTr, São Paulo, 2009.
- López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Legislación del Trabajo*, T. XXI, pp. 289-321.
- Löschning, Günther, *Derecho austríaco del trabajo desde una óptica europea del derecho del trabajo*, estudio preliminar y traducción de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016.
- Pujadas, Marta y Taddei, Pedro, “Estatuto de la industria de la construcción”, en García, H. O. (dir.) y Virgili, C. S. (coord.), *Relación de trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, T. V, 2013, pp. 263-415.
- Sappia, Jorge J. y Pécora, Rosalía A., *Estatutos particulares en el derecho del trabajo argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

La imprescindible reforma de las licencias familiares en el empleo privado

*Liliana Hebe Litterio**

Resumen

En este breve trabajo se trata la temática relativa a la necesidad de una reforma legislativa que reconozca las licencias familiares indispensables y razonables con motivo de los hijos –solventadas por el sistema de Seguridad Social–, a fin de que las responsabilidades familiares compartidas puedan compatibilizarse con las obligaciones propias del empleo privado.

Palabras clave: reforma legislativa, responsabilidades familiares compartidas, conciliación con el trabajo, licencias familiares, maternidad, paternidad, adopción parental, enfermedad de hijo.

* Argentina; Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA); Doctora en Derecho (UBA); Profesora Titular Consulta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA); Profesora de Posgrado en Derecho del Trabajo y Derecho de Familia (UBA y UCA) y en Derecho del Trabajo en otras universidades del país. Fue profesora, por concurso público de la UBA, en el Posgrado de Doctorado de la Universidad de Castilla-La Mancha; fue Profesora en los Cursos Intensivos de Doctorado (UBA); Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Directora del Curso Anual de Posgrado de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica de Salta, sede Buenos Aires; consultora externa de la OIT sobre trabajo infantil y adolescente; integrante de la Comisión que elaboró el anteproyecto de la ley 26.390 sobre Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente; autora de numerosos libros y artículos en la especialidad; lilianalitterio@derecho.uba.ar.

The Essential Reform of Family Leaves in Private Employment

Abstract

This brief work addresses the need for a legislative reform that recognizes essential and reasonable family leave due to children (paid for by the Social Security system) so that shared family responsibilities can be made compatible with the obligations of private employment.

Keywords: Legislative Reform, Shared Family Responsibilities, Work-Life Balance, Family Leave, Maternity, Paternity, Adoption, Parental, Illness of Child.

I. Pensar responsablemente en ejercer las responsabilidades

Aunque el título del presente acápite pareciera un juego de palabras, no lo es. Solamente intenta poner sobre el tapete un tema esencial como es el del ejercicio compartido de las responsabilidades familiares –no solo de las tareas de cuidado– en forma compatible con las laborales. En nuestro país, como consecuencia de cierta “pereza legislativa”, alcanzar ese objetivo primordial resulta una proeza para la mayoría de las personas que trabajan en relación de dependencia en el ámbito privado del empleo.

Señalamos de entrada que en el presente trabajo nos ocuparemos de las responsabilidades atinentes a los hijos, amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, sin perjuicio de reconocer las que se ejercitan a diario con relación a otros familiares. Asimismo, aclaramos que nos referiremos únicamente al empleo privado porque es el objeto de la disciplina laboral y que utilizaremos el masculino genérico con ánimo de incluir a todas las personas.

Sabido es que además de la cláusula programática de la Constitución Nacional que dispone la protección integral de la familia (introducida en la reforma de 1957), unos cuantos de los instrumentos internacionales que ostentan jerarquía constitucional sientan el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras y consagran la responsabilidad familiar compartida por hombres y mujeres.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a la hora de adoptar el antiguo Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) en 1958, tuvo en cuenta la posible aparición de nuevos criterios de discriminación que no están explícitamente previstos en ese tratado, lo que demuestra la necesidad de normas complementarias. Así fue que la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 156 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares (1981),¹ ratificado por nuestro país. A este tratado lo complementa la Recomendación 165 con igual denominación. En razón de la importancia del tema, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT adoptó una Observación General sobre la aplicación del Convenio 156, que publicó en 2020.

En el contexto de estos instrumentos internacionales, hace tiempo Ackerman advertía que la tutela, reforzada en torno de la maternidad, pero reconociendo que también la paternidad impone responsabilidades y otorga derechos irrenunciables, permitiría afianzar la garantía del trato igual y de la igualdad de oportunidades y, al mismo tiempo, concretaría aquella protección integral de la familia que prevé el art. 14 bis de nuestra Carta Magna.² Esas responsabilidades familiares desde antaño fueron naturalmente asumidas por la mujer, pero a partir de su incorporación masiva al mercado de trabajo los varones hicieron gala de su “nueva paternidad” y comenzaron a compartirlas cada vez con mayor intensidad.³ También lo hacen las personas con diversidades sexogenéricas que forman parte de las nuevas organizaciones familiares.

La herramienta idónea, por excelencia, que permite el ejercicio compartido de las responsabilidades familiares y profesionales, aunque no es la única,⁴ la constituyen las licencias o permisos en el trabajo. Estas consisten

1. OIT, “Estudio Especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111”, Conferencia Internacional del Trabajo 83.^a reunión 1996, Informe III (parte 4B), pp. 19-20.

2. Ackerman, M. E., “La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades”, en *LT*, XXXI, A, p. 289.

3. En torno a la necesidad de padre o paterna que tienen los hijos ver, Pruett, K. D., *El rol del padre. La función irremplazable*, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 2001.

4. La Recomendación núm. 165 también sugiere otras medidas, tales como la de introducir más flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los períodos de

en la suspensión de ciertos efectos de la relación laboral con motivo del nacimiento, la adopción o el cuidado de los hijos.

II. Nuevas estructuras familiares

Consideramos imprescindible formular una muy ligera referencia a las nuevas formas de familia porque en su contexto se generan y desarrollan las responsabilidades de las que hablamos.

Con el devenir de los tiempos el modelo tradicional de familia ha ido cambiando y la estructura familiar se fue diversificando.

Es que, como apunta Lloveras, la conformación, las funciones y las modalidades de la organización familiar resultan en su mayoría de circunstancias previas o ajenas a su regulación por el ordenamiento jurídico, de carácter cultural, económico-productivo, ético y religioso, antes que legal.⁵ A su vez, el Dr. Lorenzetti explica que en el modelo social receptado por el Código Civil y Comercial cada persona decide cómo quiere vivir de acuerdo a sus creencias y a su propio estilo. Intenta ser un sistema que incluya a todos, sin expulsar a quienes piensan distinto.⁶

Como consecuencia de la aparición de formas familiares que coexisten con la tradicional, el ordenamiento civil reconoce nuevas relaciones de familia y procreación. Así, las familias co-maternales y co-paternales, a las que se agregan las uniones convivenciales que el ordenamiento introduce de modo expreso (sin limitaciones de sexo ni género). También incorpora, por ejemplo, la figura del progenitor afín o cónyuge conviviente dando entrada a otro tipo de familias muy comunes en nuestra época, las ensambladas. De cualquier modo, más allá de las normas, la realidad se encarga de exhibirnos a cada paso las nuevas modalidades familiares.

descanso y de las vacaciones. Del análisis de tales medidas se ocupan Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)”, en *Revista de Relaciones Laborales*, España, II, 1999, p. 26.

5. Lloveras, N., “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., *La Ley*, diciembre 2014, p. 99.

6. Lorenzetti, R., “Presentación del Programa de Actualización acerca del Código Civil y Comercial unificado”, Conferencia Magistral, UBA, Facultad de Derecho, 26/11/2014.

A propósito del tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos observó que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege solo un modelo “tradicional” de ella. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho. El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.⁷

III. Responsabilidades familiares y tareas de cuidado compartidas

La participación activa del trabajo en el hogar corresponde a todos los integrantes de las familias. Implica que las responsabilidades y compromisos se distribuyan equitativamente entre las personas involucradas y de acuerdo a sus capacidades y posibilidades. Los roles de género están cambiando. Las personas están tomando conciencia de la necesidad de asumir la responsabilidad compartida para desarrollar un ambiente cercano, afectivo y comprometido con sus hijos.⁸

En ese contexto, Rico y Robles expresan que el trabajo de cuidado puede ser definido como una función social que integra la serie de actividades, bienes y relaciones destinadas al bienestar cotidiano de las personas y que se desenvuelven en diversos planos, incluyendo los planos material, económico, moral y emocional. Comprende la provisión de bienes esenciales para la vida, así como el apoyo y la transmisión de conocimientos, valores sociales y prácticas a través de los procesos de crianza. Se funda en relaciones –cara a

7. Corte IDH, 24/2/2012, *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*.

8. Comisión Nacional de Derechos Humanos - México, “Responsabilidades familiares compartidas”, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/trip-responsabilidades-compartidas.pdf, fecha de consulta: 21/9/2023.

cara— entre las personas que lo proveen y quienes lo reciben. En ese esquema el cuidado es considerado fundamental para proporcionar el conjunto de elementos físicos y simbólicos esenciales para sobrevivir en sociedad.⁹

Las responsabilidades familiares van más allá de las importantes obligaciones de cuidado y requieren de licencias para poder ser ejercidas plenamente. En la Argentina, sin perjuicio de que algunos convenios colectivos de trabajo reconocen en la materia mejores derechos que la ley, y de que ciertas organizaciones empresariales también lo hacen, la mayor parte de los trabajadores del sector privado solo tienen el derecho a los permisos legales que reclaman urgente consideración.

A continuación, encararemos el tema desde la perspectiva del Derecho del Trabajo a la luz del concepto amplio que le imprime el Código Civil y Comercial a la familia, cuyos inspiradores han recalcado que se optó por el modelo de sociedad multicultural. A ese modelo deben responder las licencias familiares.

IV. Las fuentes de filiación y las licencias necesarias

En el ordenamiento civil y comercial las fuentes de filiación son tres: por naturaleza, por adopción (en sus tres variantes) y mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), cualquiera sea el sexo y género de los progenitores o adoptantes (art. 558 y ss.).

Ligeramente recordamos que las licencias familiares previstas en nuestra Ley de Contrato de Trabajo (LCT) solo reconocen la filiación biológica. Su art. 177 prevé noventa días de licencia por maternidad (conforme al Convenio 3 de la OIT ratificado por el país), la cual según la Ley 24.716 se extiende seis meses más si el nacimiento se produce con Síndrome de Down. Ambas son solventadas por una asignación familiar. La LCT también le reconoce a la trabajadora el derecho a una excedencia durante un lapso de entre tres y seis meses, sin ingreso económico alguno. En el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, la mujer tiene derecho a una excedencia “con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación” (art. 183), la cual jamás fue dictada, convirtiéndolo así en un derecho

9. Rico, M. N. y Robles, C., *Políticas de cuidado en América Latina: forjando la igualdad*, CEPAL, septiembre 2016, p. 11.

inexistente que debería regularse. Aclaremos que esta licencia se asimila a la parental, que en otros países es extensa y corresponde a ambos progenitores para el cuidado de los hijos una vez superados los permisos por maternidad/paternidad.

Al varón, la LCT le otorga una licencia por paternidad de insignificantes dos días de extensión (que pueden llegar a ser tres cuando ambos son inhábiles), cuyo costo injustificadamente afronta el empleador (arts. 158 y ss.).¹⁰

Está a la vista la necesidad imperiosa de extender la licencia por paternidad biológica prácticamente inexistente, así como también el reconocimiento de una licencia por adopción; por guarda con fines de adopción y por enfermedad de hijo, para ambos progenitores,¹¹ así como la consideración especial de los nacimientos y adopciones múltiples y de personas con anomalías físicas y psíquicas, y los nacimientos prematuros. También es preciso atender la situación de las diversidades que recurren a las técnicas de fertilización médicamente asistida. Por ejemplo, el caso de dos mujeres una de las cuales gesta a través de esa técnica y la otra exterioriza su voluntad procreacional en los términos legales,¹² o de dos varones que recurren a un vientre femenino a través de la gestación por sustitución.¹³

De similar manera, estimamos imprescindible el reconocimiento al cónyuge o la pareja no gestante (de cualquier sexo o género), de la licencia por maternidad correspondiente a quien gesta, cuando se produce su hospitalización o fallecimiento al momento del parto o con inmediata posterioridad. También debería pensarse en un permiso breve para la mujer que se

10. El régimen de trabajo agrario llamativamente introduce una licencia de treinta días por paternidad (a la que erróneamente en el título del art. 52 se denomina “parental”) para el personal permanente de prestación continua, con goce de haberes.

11. Para progenitores y responsables de personas menores con cáncer existe una licencia en el empleo privado y público (ley 27.674; decreto 68/2023; resolución del Ministerio de Trabajo 918/2023). Ver, Litterio, L. H., “Licencia laboral con motivo de hijos menores con cáncer. Nuevas previsiones normativas”, en *La Ley* 13/09/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/2223/2023.

12. Algunas acuden a la técnica de “inseminación casera” (TIC) o autoinseminación, que carece de regulación expresa.

13. Técnica de fertilización humana asistida no regulada, pero tampoco prohibida por nuestro derecho, con opiniones en contra y a favor.

somete al procedimiento de fertilización médicamente asistida para poder procrear. En cambio, nos parece que la incorporación de una licencia parental para ambos progenitores podría encararse más adelante pues todavía sería prematura (excepto en lo que se refiere a la reglamentación de la excedencia femenina prevista por la LCT).¹⁴ Los trabajadores autónomos y monotributistas también deberían recibir una adecuada protección familiar.

V. Breve reflexión final

La introducción de un nuevo sistema de licencias familiares debería ser progresiva y los lapsos moderados, no excesivos. El Sistema de Seguridad Social debe solventar su costo, motivo por el cual resulta conveniente evaluar previamente los recursos con los que cuenta a esos fines. Como dice Fernández Prol, es preciso compaginar el régimen laboral de las licencias con el tratamiento que la seguridad social debe conferirles. Cuando este necesario equilibrio no es atendido por el legislador, se vacía a la figura laboral de gran parte de su contenido.¹⁵

Desde la reinstalación de la democracia han transitado por el Congreso de la Nación múltiples y variados proyectos sobre el tema que nos ocupa. Actualmente, entre otros se encuentra en tratamiento el que crea un sistema integral de políticas de cuidados, presentado por el Poder Ejecutivo Nacional.

La regulación de los distintos tipos de licencias familiares con motivo de los hijos de los trabajadores es una necesidad. Lo deseable sería que

14. Con relación a todas estas licencias puede verse, Litterio, L. H., *Las licencias paternas en el empleo privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 139-246; Capítulo “Familia”, en *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, dirigido por Rodríguez Mancini, Jorge, *La Ley*, 2015, p. 759; Capítulo “Responsabilidades familiares y licencias paternas”, en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia, Derecho del Trabajo*, dirigido por Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia y Fernández, Silvia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 185; “Despido por fertilización humana asistida. Una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, en *La Ley*, 2/6/2021, p. 6, TR LALEY AR/DOC/1562/2021; “Aproximación a algunas licencias familiares en el proyecto de ley sobre políticas de cuidados”, Rubinzal-Culzoni, RC D 200/2022.

15. Fernández Prol, F., “Excedencia por cuidado de familiares y seguridad social”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, España, N°21, 2003, 97.

los parlamentarios pudieran abocarse responsablemente al tema. Nunca se sabe, tal vez prontamente alguna de las propuestas sobre permisos familiares se convierta en ley.

Bibliografía

- Ackerman, M. E., “La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades”, en *LT*, tomo XXXI-A, p. 289.
- Fernández Prol, F., “Excedencia por cuidado de familiares y seguridad social”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, España, N° 21, 2003, 97.
- Litterio, L. H., *Las licencias paternas en el empleo privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 139-246.
 - Capítulo “Familia”, en Rodríguez Mancini, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, *La Ley*, 2015, p. 759.
 - Capítulo “Responsabilidades familiares y licencias paternas”, en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia, Derecho del Trabajo*, Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia y Fernández, Silvia (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 185.
 - “Despido por fertilización humana asistida. Una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, en *La Ley*, 2 de junio de 2021, p. 6, TR LALEY AR/DOC/1562/2021.
 - “Aproximación a algunas licencias familiares en el proyecto de ley sobre políticas de cuidados”, Rubinzal-Culzoni, RC D 200/2022.
 - “Licencia laboral con motivo de hijos menores con cáncer. Nuevas previsiones normativas”, *La Ley* 13/09/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/2223/2023.
- Lloveras, N., “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en el *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M. (dirs.), *La Ley*, diciembre 2014, p. 99.
- OIT, “Estudio Especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111”, Conferencia Internacional del Trabajo 83.^a reunión 1996, Informe III (parte 4B), pp. 19-20.
- Pruett, K. D., *El rol del padre. La función irremplazable*, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 2001.

Rico, M. N. y Robles, C., *Políticas de cuidado en América Latina: forjando la igualdad*, CEPAL, septiembre 2016, p. 11.

Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)”, *Revista de Relaciones Laborales*, España, II/1999, p. 26.

La reforma impostergable: el régimen de licencias parentales de la Ley de Contrato de Trabajo

*Pablo Arnaldo Topet**

Resumen

El régimen de licencias parentales regulado en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 requiere modificaciones impostergables para adecuarlo a los estándares de las normas internacionales del trabajo. La insuficiente protección de la persona gestante y la falta de protección efectiva de las personas no gestantes y de quienes adoptan se aborda en un ambicioso proyecto de ley: “Cuidar en Igualdad”. El nuevo marco normativo procura garantizar el derecho igualitario a compartir las tareas de cuidado, reformulando el sistema de protección laboral.

Palabras clave: licencias parentales, igualdad, cuidados, estándares internacionales.

* Profesor Titular Regular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires; Profesor invitado en las Universidades Nacional de Córdoba, Nacional del Litoral, Rosario y de las Universidades Austral y Católica de Buenos Aires y Rosario; Ex Presidente de la Asociación de Ex Becarios del Curso de Especialización en Derecho Laboral para Expertos Latinoamericanos de la Universidad de Bolonia; Ex Director Nacional de Relaciones del Trabajo de la República Argentina; consultor de la OIT; ptopet@derecho.uba.ar.

The Unpostponable Reform: The Parental Leave Regime of the Labour Contract Act

Abstract

The parental leave regime regulated in the Labour Contract Act 20.744 requires urgent modifications to adapt it to the standards of international labour norms. The insufficient protection of pregnant women and the lack of effective protection of non-pregnant women and adoptive parents are incorporated in an ambitious draft law “Caring for Equality”. This new regulatory framework seeks to ensure the equal right to share care tasks through the reformulation of the labour protection system.

Keywords: Parental Leave, Equality, Care, International Standards.

I. Los cuidados y el régimen laboral: un debate actual

Los cuidados son parte de un debate que a escala global se ha instalado con un consenso extendido, fundado en el reconocimiento sobre el papel central de los mismos en las estructuras económicas y en su necesidad para garantizar la convivencia social. En los tiempos recientes, la crisis sanitaria no hizo más que hacerlo más visible y revelar la notoria desigualdad del reparto de los mismos, que recaen, con escasas excepciones, en las mujeres. No es posible y ni es la intención en este trabajo hacer acopio de referencias de doctrina, filosóficas, ni siquiera revisar y anotar con precisión y detalle el sinnúmero de normas internacionales, regionales y nacionales de fuente legal y de la autonomía colectiva que se refieren o vinculan al tema que tiende, por sus inagotables vínculos y relaciones, a ser una empresa difícil de emprender en un texto breve.¹ Por contrario,

1. Véase para ampliar el Dossier Legislativo. “Regímenes de licencias parentales. Antecedentes Parlamentarios, Instrumentos Internacionales, Legislación Nacional y Provincial, Doctrina, Jurisprudencia y Otros Documentos de Interés”. Departamento Investigación e Información Argentina. Dirección Servicios Legislativos. Biblioteca del Congreso de la Nación. Año X, N° 26, mayo 2022, Buenos Aires.

de acuerdo a la convocatoria, pretendo indicar referencias normativas internacionales laborales muy precisas, para contrastarlas con el marco legal actual de las licencias para las personas gestantes y no gestantes, para luego reseñar y apreciar el valor de ciertos cambios normativos que están incluidos en un proyecto de ley con trámite legislativo bajo el nombre de “Cuidar en Igualdad”.² Con dicho objeto, ubico a la norma sustantiva que regula el trabajo bajo relación de dependencia en el ámbito privado, en el contexto en que se sancionó, destaco sus inconsistencias jurídicas respecto de normas internacionales y describo las modificaciones que, a mi juicio, no se deben diferir.

II. La Ley de Contrato de Trabajo: su insuficiencia regulatoria

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 no pudo, cuando se promulgó, en 1974, como es lógico entender, eludir la etapa histórica en la que se la concibió y, si bien, aún hoy se la considera un texto que logró plasmar una aspiración que anudaba un largo proceso de desarrollos de doctrina y jurisprudencia con un conjunto de proyecciones sobre el modo de convivencia y de regulación de las relaciones de trabajo, es difícil negar que en materia de igualdad de género está desactualizada.

El texto legal afianzaba el consenso que reunía en las disciplinas sociales a quienes entendían que la Justicia Social se alcanzaría en una sociedad fundada en el trabajo tutelado, pero en la que aún el reconocimiento de las tareas de cuidado no era percibido como un obstáculo insalvable para garantizar la igualdad real entre personas con identidades de género diversas. Una perspectiva que identificaba con precisión las desigualdades económicas y de poderes que la estructura de producción de bienes y servicios y las formas organizativas diseñadas para llevarlas a cabo generaba entre quienes concurrían con su capacidad de prestar trabajo y entre quienes poseían los medios y el capital para organizar el trabajo; pero invisibilizaba una desigualdad también estructural, derivada de estereotipos de género que solo reconocían en las mujeres la obligación de atender las exigencias de los cuidados.

2. Expediente: 0008-PE-2022. Trámite Parlamentario N°48, 03/05/2022.

Quienes la concibieron, como se sostuviera con fortuna, rechazaban todo intento de “sellar un pacto con lo ya alcanzado”³ y para los autores de la ley sustantiva, la consolidación regulativa no se desentendía de la “condición evolutiva del derecho social”, con una vocación permanente para ajustar las normas a los requerimientos de una sociedad igualitaria, ajustada a concepciones actualizadas del principio de igualdad y no discriminación. Como aludiéramos en esta materia, el enfoque normativo requiere un cambio radical.⁴

III. Tendencias regulatorias en el ordenamiento nacional: novedades

Hay señales, en los últimos años, de recepción de la normativa de las nuevas perspectivas. Se destacan, sin agotar el detalle, el Régimen Legal del Contrato de Trabajo, que incorpora por primera vez en forma expresa en la legislación laboral en el art. 6 las “tareas de cuidados”, acotado al universo que recibe a las personas menores de 13 años, con discapacidad o adultas mayores que estén a cargo y convivan con la persona trabajadora, supuesto que habilita en cualquiera de las alternativas, a requerir “horarios compatibles” con dichas tareas o a “interrumpir la jornada” y la reglamentación del art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) sobre la habilitación de salas maternales y guarderías en los establecimientos en el que trabajen más de 100 trabajadores o trabajadoras, apartándose (aquí la novedad) del texto de la ley que solo aludía a “trabajadoras”.⁵

En este contexto de revisión se propicia abordar el Título VII “Trabajo de Mujeres” de la LCT 20.744, que en 14 artículos (arts. 172 a 186) estipula

3. Centeno, Norberto O., “Introducción a la Ley de Contrato de Trabajo”, LT, T. XXII, 1974, p. 865.

4. En la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, algunos artículos expresan el desajuste con expresiones modernas de los derechos de las mujeres en términos de igualdad y no discriminación, como se observa en los arts. 174, 177, 179, 183, 186.

5. Decreto Reglamentario 144/22 (22/3/2022). El decreto fue dictado conforme al plazo de 90 días que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció para que el Poder Ejecutivo lo reglamentara, en la sentencia de fecha 21 de octubre de 2021 en autos “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/Amparo ley 16.986”.

un estatus de la mujer que trabaja en relación de dependencia expresiva sobre el “rol” que se le asigna en el ámbito familiar en la maternidad y luego de la gestación y su proyección (en materia de licencias e ingresos) en el vínculo contractual. Claro está que un título como el referido, en la actualidad no resiste el juicio crítico, pero pudo ser valorado hace casi medio siglo, como expresión de reconocimiento de un atributo de las mujeres.

Es en uno de los aspectos concernidos en este subconjunto regulatorio de la “protección de la maternidad”, en el que voy a centrar la atención para proponer cambios de raíz, en línea con el proyecto de ley “Cuidar en Igualdad”. El déficit tuitivo es muy claro en el régimen de licencias “para el personal femenino” y para períodos determinados en función del parto (un tiempo de protección previo y otro posterior) y de la licencia a la que tiene derecho el trabajador (varón) por nacimiento de hijo que la LCT en el art. 158 inc. a), extiende por 2 días. La elección del texto legal, sobre la que detengo el examen, se explica en la notoria desactualización del entramado diseñado para proteger a “la trabajadora” e indirectamente “al niño o niña” que debe ser objeto de atención y cuidados.

IV. La necesidad de la reforma: licencias parentales y estándares en las normas internacionales del trabajo

La urgencia de una reforma se confirma si se confronta el marco de protección con las normas internacionales que son aplicables en el ordenamiento jurídico en todos los casos en que han sido ratificadas conforme los procedimientos de derecho interno e internacional o, por su incorporación al enlistado abierto de la propia Constitución nacional en el art. 75 inc. 22. Hay menoscabo de protección en sentido material, porque no se adecua al nivel de tutela que aseguran los tratados internacionales a la persona “gestante”, o desde la perspectiva de los sujetos protegidos, por inexistencia de garantías para “otro conjunto de personas”: personas no gestantes, adoptantes, niños o niñas adoptados.⁶ Desde otra perspectiva, por la lesión de los

6. OIT, Estudio General, “Dar un rostro humano a la globalización”, 2012, con referencia a la CIT 111, se indica en el párrafo 785: de promover la igualdad de género, varios países han incluido las responsabilidades familiares como motivo de discriminación prohibido en la legislación nacional. Otros países han adoptado disposiciones legislativas destina-

derechos del niño al privarles de los cuidados conjuntos y compartidos, por un período razonable, de quienes componen su universo familiar primario (gestantes, no gestantes, adoptantes).

Voy a limitar el enfoque a algunos de los instrumentos internacionales adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención sobre los derechos del niño, no sin aclarar que el conjunto es más vasto e incluye normas adoptadas en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano. Con la prevención anotada, destaco que nuestro país ha ratificado el 30 de noviembre de 1933 el Convenio sobre protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha realizado Observaciones y enviado Solicitudes directas, respecto de la aplicación de los arts. 178 y 179 de la LCT y el acceso a las prestaciones. El Convenio, aún vigente en el sistema internacional del trabajo, garantiza una licencia de doce semanas, las primeras seis antes del parto y las segundas con posterioridad, sin embargo, ha quedado desfasado respecto de otros instrumentos, luego del siglo cumplido desde su adopción.

Los que contienen disposiciones específicas más actualizadas son el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), ratificado por Argentina el 17 de marzo de 1988, cuyo objeto concernido atiende a la igualdad efectiva de trato y oportunidades entre varones y mujeres y a las situaciones de las personas trabajadoras que tienen responsabilidades familiares que pueden verse afectadas por prácticas discriminatorias en materia de empleo. En forma enfática se incluye como un compromiso de los Estados el asegurar que las responsabilidades familiares y profesionales tienen que poder ser ejercidas sin conflictos. Respecto de este instrumento la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha enviado una Solicitud directa, en la que incorpora un pedido de información sobre la evolución en los cambios normativos de la Ley de Contrato de Trabajo, en materia de licencias y permisos relacionados con el cuidado y el ejercicio de las responsabilidades familiares y al acceso a ambos padres al derecho a hacer uso de las licencias. Ya en 2000, 2011 y

das a apoyar a los trabajadores con responsabilidades familiares que indiquen mejoras específicas relacionadas con los derechos a prestaciones de maternidad, prestaciones de paternidad y licencias para el cuidado de hijos”, p. 350.

2017 había efectuado Solicitudes directas sobre el art. 183 de la Ley de Contrato de Trabajo, para que se incorporase una licencia equivalente a la de la mujer al varón en los casos de hijos enfermos a cargo.⁷⁸

Una norma de referencia a nivel mundial, no ratificada por Argentina, es el Convenio sobre la protección de la maternidad 2000 (núm. 183), que en el art. 4.1 establece la obligación de los Estados de garantizar una licencia de maternidad de una duración de “al menos catorce semanas”, con una previsión complementaria en el art. 4.1, que establece con el período posterior al parto no podrá extenderse por menos de seis semanas. A todo ello debe agregarse una garantía de una licencia adicional, que la disposición no establece y que reenvía para su determinación a los ordenamientos nacionales, en casos de enfermedad o riesgo de sufrir complicaciones como

7. CEARC, 2022, Solicitud directa. “Art. 3 Política nacional. La Comisión pide al Gobierno que proporcione información sobre toda medida adoptada en el marco del Plan nacional de primera infancia con miras a fortalecer la oferta de espacios de cuidado. La Comisión pide también al Gobierno que brinde información sobre toda evolución en la modificación de la LCT encaminada a contemplar la extensión de licencias y permisos relacionados con el cuidado y con el ejercicio de responsabilidades familiares con miras a facilitar la conciliación entre la vida profesional y familiar de los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades familiares. Sírvase igualmente continuar proporcionando información sobre la implementación de planes y programas destinados a permitir que las personas con responsabilidades familiares puedan desempeñar un empleo sin discriminación, y los resultados obtenidos”.

CEARC, 2022, Solicitud directa. “Art. 11. Igualdad en relación con las condiciones de empleo. La Comisión pide al Gobierno que proporcione información sobre las medidas adoptadas en el marco de la red de servicios de empleo para fomentar el acceso al empleo de los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades familiares y su impacto en la disminución de la tasa de desempleo de dichos trabajadores. La Comisión pide también al Gobierno que informe sobre todo cambio legislativo encaminado a extender las posibilidades de licencias y permisos a ambos padres y que informe sobre todo avance al respecto”.

8. CEARC, 2011, Solicitud directa. “Art. 4. La Comisión pide al Gobierno que continúe informando sobre el funcionamiento de la red de servicios de empleo, en particular las medidas concretas previstas en el marco del mismo para crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, en particular aquellos con responsabilidades familiares. La Comisión pide asimismo al Gobierno que informe sobre todo avance en el proyecto de modificación del artículo 183 de la ley núm. 20744 con miras a extender a los padres los beneficios previstos para las madres de hijos menores discapacitados”.

consecuencia del embarazo o del parto. La prestación económica, prescribe el instrumento, debe alcanzar una cuantía suficiente para garantizar tanto a la mujer como al hijo condiciones de salud y de vida adecuados.

La Recomendación sobre la protección de la maternidad 2000 (núm. 191), es un instrumento que desarrolla contenidos complementarios al Convenio 183, que ajustan los estándares de protección a niveles más elevados, el plazo de la licencia de maternidad se recomienda extenderlo a 18 semanas y su prolongación en nacimientos múltiples, se promueve en los casos de fallecimiento de la madre antes del vencimiento de la licencia, el derecho del padre a una licencia equivalente durante el período no agotado, licencias para los padres adoptivos y licencias para el padre o la madre luego de la licencia por maternidad para extender el período de cuidado del niño o la niña.⁹ Es una norma de referencia sobre la materia que ha influido en algunas legislaciones de América Latina.

Desde otras perspectivas, la del niño o niña, es la Convención sobre los derechos del niño de 1989 la que reconoce los derechos de los niños en el art. 18, a ser cuidados, por quienes están a su cargo, con obligaciones comunes respecto de la crianza y su desarrollo, En el mismo artículo se impone como obligación estatal la implementación de servicios e instalaciones de guarda, en los casos en que los padres trabajen.

V. La propuesta de modificación: “Cuidar en Igualdad”

Nada justifica demorar un ajuste en clave evolutiva de normas que han quedado ancladas en el tiempo, desenfocadas de los fenómenos que procuraban encauzar: la organización familiar mudó sus formas e integraciones, los estereotipos de género se han visibilizado y se les reprocha generar

9. OIT, Estudio general, “Alcanzar la igualdad de Género en el Trabajo”, 2023 en párrafo 281 se indica: “El párrafo 10 de la Recomendación núm. 191 contempla la posibilidad de que las prestaciones y medidas de protección especificadas en el Convenio se concedan, en determinadas circunstancias, a los padres y a los padres adoptivos. El párrafo 10, 1) y 2), indica que los padres que tienen un empleo deberían tener derecho a una licencia para ocuparse del hijo de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de licencia postnatal concedida a la madre, en caso de muerte o de que ella no pueda ocuparse de su hijo, en particular en caso de enfermedad o de hospitalización”, p. 122.

desigualdades y discriminación, las personas no gestantes reclaman ejercicios compartidos de cuidados y, a los niños y niñas, se les reconocen derechos desde concepciones que no admiten ningún menoscabo desde su condición plena de sujetos de derecho. No es una novedad el reclamo de amplios sectores de la sociedad que demandan reformular el modo en que se reconocen los cuidados no remunerados y la valorización de los que sí tienen contraprestación económica por su realización. Innumerables proyectos de ley no han encontrado recepción (las razones, si es que pueden ser enumeradas, son de índole variada y de dudosa certificación) y, como adelanté al inicio, hay uno que se ha presentado, y está con trámite parlamentario, que posee una ambición sin antecedentes.¹⁰ Asimismo, la experiencia comparada en América Latina es objeto de análisis en el ámbito de la OIT, con la intención de promover nuevas formas de proveer cuidados y de garantizar licencias parentales igualitarias que permitan compartirlos. En el estudio se referencian dos reformas integrales en Uruguay mediante la Ley 19.161 y Paraguay con la Ley 5.508 de 2015.¹¹

Del proyecto legislativo, por su extraordinaria implicancia, voy a detenerme en el que se aboca a la modificación del art. 177 (Prohibición de trabajar - Conservación del empleo) incluido en el Título VII, “Trabajo de mujeres”, que protege al personal femenino durante los 45 días anteriores al parto y hasta los 45 días posteriores al mismo, con una protección agravada respecto de la estabilidad en el empleo durante la gestación y a permanecer ausente en el supuesto de una enfermedad que se acredite ha sido originada en el embarazo o en el parto y que le imposibilita para reanudar las prestaciones en condiciones semejantes a las que tenía antes de la contingencia.

¿Cómo adecuar la protección a los parámetros de las normas internacionales? ¿A qué sujetos incluir en el ámbito de aplicación personal? ¿Qué situaciones no contempladas merecen ser reconocidas? Estos interrogantes pueden encontrar respuestas diversas con fundamentos variados pero que confluyen en orientar en un unívoco sentido la sustitución normativa.

10. *Idem* nota 2.

11. OIT, “Los cuidados en el trabajo: invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo”, Informe Regional complementario para América Latina y el Caribe, Ginebra, 2022, pp. 7-9.

En primer lugar hay que elevar el nivel de la protección de maternidad actual que, no alcanza a garantizar ni 13 semanas de licencia a la mujer (90 días), con una notoria diferencia con la legislación comparada de los países de América Latina (hay 5 países con más de 18 semanas y 10 países con más de 14 semanas)¹² y con las normas internacionales del trabajo que, con las 14 semanas (98 días) que en forma imperativa exige garantizar el Convenio 183 y con la más avanzada de la Recomendación 191, que lleva la protección a un período de 18 semanas (126 días). En este aspecto, el proyecto propone extender en el caso de la individualizada como persona gestante, la licencia posterior a 81 días con la finalidad de agotar el plazo de 126 días.

Quizá en materia de igualdad el avance de tutela requiere que los sujetos de la tutela se amplíen, en primer lugar, a las personas no gestantes, porque el marco jurídico vigente solo lo hace de modo insignificante; en efecto, el trabajador tiene garantizados solo 2 días (art. 158, inc. a, LCT), de los cuales, uno debe computarse en un día hábil, con la finalidad de poder cumplir con los trámites de inscripción del nacimiento (art. 160 LCT). Por tanto, este es uno de los cambios decisivos para reconfigurar el paradigma de la protección: se debe adecuar la protección de la persona gestante con la del no gestante “en el periodo posterior al parto”, esto es un periodo de licencia que espeje ambos supuestos y permita el ejercicio compartido de los cuidados, al tiempo que avenge toda posibilidad de trato discriminatorio, y vele por resguardar el derecho de niñas y niños a ser cuidados; en estos casos se propone extender la licencia a 90 días.

Otra omisión de la ley laboral es la falta de consideración de las personas que adoptan, tanto respecto del conjunto de actos previos a la sentencia que la otorgue (reglas del procedimiento incorporadas el Código Civil y Comercial de la Nación en el art 609), como en un período posterior que se determine por norma legal. Hay que reconocer una licencia de iguales características y condiciones que las de las personas no gestantes. Ningún criterio de distinción luce razonable para no contemplar la situación de estos sujetos como las de los no gestantes. La licencia para este supuesto se extiende por

12. *Idem*. Cuadro, p. 9. Los países son Chile, Colombia, Cuba, Paraguay, República Bolivariana de Venezuela, con más de 18 semanas y, Belice, Panamá, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay, con más de 14 semanas; los 17 países restantes, incluido Argentina, tienen entre 12 y 13 semanas.

90 días y, en una licencia que se agrega a las ya previstas se garantiza el tiempo para efectuar las visitas.

Y, para dar contenido a la respuesta a las situaciones que hoy no están tratadas respecto de los nacimientos y adopciones múltiples y los casos en que hay situaciones de enfermedad de hija/o con discapacidad o con enfermedad crónica, es menester que la licencia sea extendida en función de circunstancias que justifican un trato diferenciado. Igual temperamento se sigue para los nacimientos pretérminos. Aquí se diversifican las soluciones: se extiende el plazo por 30 días por cada hijo o hija a partir del segundo; y en los casos de discapacidad o enfermedad crónica la licencia se prolonga por 180 días adicionales.

Una modificación con pretensiones alegadas de contribuir a equilibrar, aunque no agote las medidas posibles, requiere no solo revisar el art. 177 desde los efectos en el contrato de trabajo (por cuanto se suspende la prestación de las tareas por el goce de las licencias); es necesario identificar el sujeto obligado (empleador o el sistema de Seguridad Social) al pago de las mismas. En la actualidad, las prestaciones de maternidad están a cargo del subsistema de asignaciones familiares y la exigua de paternidad a cargo de quien emplea.

Con similar consideración a la prestación de seguridad social de maternidad, el proyecto a incluir a las personas no gestantes y quienes adoptan introduce cambios normativos en el régimen de asignaciones familiares de la Ley 24.714, al incorporar asignaciones específicas para los nuevos sujetos instituidos como beneficiarios. En la sistemática del proyecto, para garantizar la aplicación efectiva, se contempla su establecimiento progresivo alineado con la Agenda 2030, para llegar a la vigencia de los plazos de licencia y sus extensiones habilitadas hacia ese año.

El proyecto, destaco, es un intento de afrontar en forma totalizadora los déficits del cuidado y se divide en dos partes. En la primera se establece un sistema nacional de cuidados, que es regulado con detalle, incluye definiciones, instituye con precisión derechos y obligaciones de los diferentes sujetos individualizados, se diseña un marco organizativo y de control estatal. Y en la segunda, que una reformulación del sistema legal de licencias para el universo que trabaja en el ámbito privado en relaciones de dependencia (con referencias a otros marcos reglamentarios como el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el personal de casas particulares, Ley 26.844; y en el Régimen de Trabajo Agrario, Ley 26.727) y de quienes lo hacen el ámbito de la administración pública nacional.

Para concluir, solo agregar que, con un cambio de orientación de política laboral, se incorpora al régimen de asignaciones familiares (gestante, no gestante y adoptantes) a quienes se vinculan al sistema de producción autoorganizando su trabajo, autónomos y monotributistas del régimen simplificado para pequeños contribuyentes, con la no explicitada expectativa de facilitar la interrupción (aun parcial) de las tareas laborales en los casos de nacimiento o adopción. Es un fuerte estímulo a suspender las tareas o disminuir su intensidad contar con ingresos sustitutivos de parte de los ingresos habituales.

VI. Conclusiones

El marco regulatorio de las relaciones de trabajo exhibe un desajuste notorio en materia de licencias parentales con la normativa internacional y con el principio de igualdad y no discriminación. El consenso en la necesidad de adjudicar derechos a sujetos hoy no contemplados, para cumplir las tareas de cuidado con una distribución compartida e igualitaria, no es más que un paso adelante en el sendero evolutivo de las formas de reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Por ello, la modificación del art. 177 de la Ley de Contrato de Trabajo no admite más dilaciones.

Bibliografía

- Ackerman, Mario, “La protección del trabajo femenino frente al derecho de la igualdad de oportunidades”, en *Legislación del Trabajo*, T. XXXI, p. 289.
- “De la garantía de igualdad salarial a la promoción general de la igualdad de oportunidades y de trato en las normas de la OIT y sus principales obstáculos”, en *Revista de Derecho Laboral*, n.º 1, 2009, p. 37.
- Centeno, Norberto O., “Introducción a la Ley de Contrato de Trabajo”, LT, T.XXII, 1974, p. 865.
- Dossier Legislativo. “Regímenes de Licencias Parentales. Antecedentes Parlamentarios, Instrumentos Internacionales, Legislación Nacional y Provincial, Doctrina, Jurisprudencia y Otros Documentos de Interés”. Departamento Investigación e Información Argentina. Dirección Servicios Legislativos. Biblioteca del Congreso de la Nación. Año X, n.º26, mayo 2022, Buenos Aires.

- Lobato, Julieta, “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso ‘Sisnero’”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N°46, Universidad de la República, Uruguay, pp. 1-48, 2019.
- Ministerio Público Fiscal, Dirección General de Políticas de Género. Procuración de General de la Nación. Perspectiva de género en las decisiones judiciales y resoluciones administrativas. Compendio de los Fueros Civil, Laboral, Comercial y Contencioso Administrativo, 2020.
- OIT, “Los cuidados en el trabajo: invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo”, Informe Regional complementario para América Latina y el Caribe, Ginebra, 2022, pp. 7 y 9.
- Estudio General “Dar un rostro humano a la globalización”, Conferencia Internacional del Trabajo 101, Ginebra, 2012, pp. 349-351.
 - Estudio General “Alcanzar la igualdad de género en el trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo 111, Ginebra, 2023.
 - Informe III, CEARC, Ginebra, 2011.
 - Informe III, CEARC, Ginebra, 2022.
- Repetto, Fabián; Bonari, Damián; Díaz Langou, Gala, “Recomendaciones para una nueva ley nacional de licencias por maternidad, paternidad y familiares.”, CIPPEC, Documento de políticas públicas, Área de Desarrollo Social, Programa de protección social, diciembre de 2013.

¿Por qué es necesario modificar el título VII “Trabajo de mujeres” en la Ley de Contrato de Trabajo?

*Silvia E. Pinto Varela**

Resumen

El trabajo analiza las normas de la Ley de Contrato de Trabajo que hacen referencia al “Contrato de Mujeres”. Intenta explicar las razones por las cuales varios de sus artículos deben ser modificados y otros derogados, ante la normativa vigente y los cambios sociales producidos en las últimas décadas.

Palabras clave: normas anacrónicas, cambios sociales, igualdad, licencias, políticas de cuidado, corresponsabilidad, adopción.

* Abogada, Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Título de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho; Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires; Docente de Posgrado de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad del Litoral; Profesora Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad Torcuato Di Tella; Jueza de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; Coautora en varios libros de Derecho del Trabajo y autora de numerosos artículos de la materia; pintovarelasilviae@gmail.com.

Why Is It Necessary to Modify Title VII “Work for Women” in the Labor Contract Law?

Abstract

The work analyzes the provisions of the Labor Contract Law that refer to the “Women’s Contract.” It seeks to explain the reasons why several of its articles should be modified and others repealed, considering current regulations and the social changes that have occurred in recent decades.

Keywords: Outdated Regulations, Societal Transformations, Equality, Leaves of Absence, Care Policies, Shared Responsibility, Adoption.

I. Introducción

Estamos casi finalizando el año 2023 y vemos que aún subsiste la llamada brecha de género. Según informes y estadísticas de los últimos años, en la actualidad sigue existiendo una marcada brecha salarial entre la mano de obra masculina y femenina a pesar de la normativa vigente; es mayor la tasa de desempleo respecto de la mujer que del varón; aún se mantiene una diferencia notable entre la cantidad de horas que las mujeres dedican a las tareas de cuidado respecto de los varones; es mayor el porcentaje de mujeres que se encuentran en la informalidad. A todo lo expuesto cabe adicionarle la subsistencia, en nuestra legislación, de normativa anacrónica al respecto.¹

Hace poco escribimos –una vez más– sobre el tema que aquí nos ocupa. Allí destacábamos que se observaba con decepción que, a pesar de los numerosos proyectos de ley que se presentaban año tras año en el Congreso de la Nación vinculado a la temática que aquí analizaremos, la

1. *Brecha de género en la Argentina. Estado de situación y desafíos*. Informe elaborado por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía de la Nación, 2020; *Encuesta Nacional de uso del tiempo*, 2021, INDEC, disponible en: http://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut_2021_resultados_definitivos.pdf.

Ley de Contrato de Trabajo –salvo alguna excepción– se había mantenido inalterada.²

En efecto, si bien hay nuevas e interesantes respuestas desde la jurisprudencia vinculadas al tema de género, acordes con los cambios sociales, no solo respecto del acceso de la mujer al empleo³ sino también vinculado a la extensión de la protección legal al trabajador varón en caso de matrimonio,⁴ a supuestos de discriminación o violencia fundados en razones de género,⁵ o acerca del alcance de la presunción de “rescisión” del contrato luego de la licencia por maternidad,⁶ o a la reglamentación de “guarderías” en las empresas con un número determinado de personas trabajadoras,⁷ lo cierto es que no se ha modificado esencialmente, en la Ley de Contrato de Trabajo, el lugar que se le asigna a la mujer en el mundo laboral: un rol subordinado, secundario, que le da preeminencia al rol de cuidadora, además de su función como madre.

2. Pinto Varela, S., “Discriminación por género: algunas reflexiones acerca de la necesidad de reformar la Ley de Contrato de Trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral*, Tomo 2008-2 Discriminación y violencia laboral-1, Rubinzal-Culzoni, p. 219; Pinto Varela, S., “El trabajo, las trabajadoras y la necesaria reforma normativa en pos de protección con igualdad de oportunidades”, en *Provocaciones de Mario Ackerman*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 197; Pinto Varela, S., “El derecho laboral y la mujer”, en *Igualdad real de las mujeres. El derecho a la paridad efectiva*, Ed. Astrea, p. 115 y ss., Buenos Aires, 2021. Y, recientemente, en edición, “Trabajo de mujeres. La Ley de Contrato de Trabajo y la urgente necesidad de modificar varias de sus disposiciones anacrónicas”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni.

3. CNAC, Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo SA s/ amparo”, sentencia del 16/12/2002; CSJN, “Sisnero, Martha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros S/ amparo”, sentencia del 20/05/2014, Fallos 337:611; CNAT, Sala II, “Borda, Erica c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, de fecha 11/10/2018 (SD 113078).

4. CSJN, “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ despido”, sentencia del 24/09/2020.

5. CNAT, Sala IV, “C.M. c/ Asociación Mutualista Empleados Banco Provincia de Buenos Aires, s/ despido”, S.D. Nro. 113.221 del 27/02/2023; Sala I en autos “A.A.B. c/ Giacovini Latinoamericana S s/ despido” sentencia del 21/10/2022; Sala II en “MPF c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Bernardo de Yrigoyen s/ despido”, sentencia del 09/03/2023; Sala IV en “VMA c/ Mundo Car SA y otros s/ despido”, SD Nro. 108.750 del 30/04/2021, etc.

6. CNAT, Sala IV, “R.A.A. c/ Compañía Hotelera Argentina SA s/ despido”, SD 107.723 del 22/09/2022.

7. CSJN, “Etcheverry, Juan Bautista c/ PEN s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 21/10/2021.

Es hora de que se actualice dicha norma y se la adapte a toda la normativa internacional vigente ratificada por nuestro país, incluidos tratados internacionales de Derechos Humanos, los Convenios de la OIT,⁸

8. Así, cabe mencionar la *Declaración de Filadelfia* de 1944 que proclama la igualdad de oportunidades para todos los seres humanos, sin distinción de sexo y sin limitarla al tema salarial; la *Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 1998, cuyo art. 2 declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios específicos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales: entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Asimismo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 establece en su art. 1ro. que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, para agregar, en el art. 2do, que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de...sexo..”. En su art. 7mo. agrega que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. El art. 23 se refiere exclusivamente al derecho al trabajo; hace referencia “...a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo [...] sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual...”. Más allá de que en el art. 25 expresamente se aclara que la maternidad tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. También la *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica*, que entró en vigor en 1978, en su art. 24, establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 1948, contiene en sus arts. 1 y 2 normas similares a la Declaración Universal de Derechos Humanos. En su art. 7 establece que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayudas especiales. Y el art. 14 reconoce a toda “persona” el derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación; tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia. Asimismo, el art. 37 señala que toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad. Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), que en los arts., 2, 3 y 7 estableció que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas concretas tendientes a garantizar la igualdad en el goce de derechos sociales, económicos y culturales allí reconocidos, sin discriminación por motivo de sexo, entre otros supuestos. Y, entre otros derechos, los vinculados al ámbito laboral, condiciones de trabajo, remuneración e igualdad de oportunidades para ser promovido. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966) que también consagra el compromiso de los Estados partes a garantizar el goce de los derechos allí previstos sin

así como a los profundos cambios sociales acaecidos en los últimos cincuenta años.

Ante todo cabe destacar que el título “Trabajo de Mujeres” deviene, cuanto menos, polémico y anacrónico. En efecto, cabría preguntarse qué diferencias existen entre el trabajo de mujeres y el trabajo de varones; no hay razón objetiva alguna que justifique regulación diferenciada sobre varios de

discriminación por razones de sexo, entre otros; se estipula el compromiso de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el ejercicio de derechos civiles y políticos. La *Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada en 1979, que en sus considerandos expresamente destaca que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños “exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”. Reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. Y establece, en sus seis capítulos, el compromiso de los Estados partes de garantizar los diversos derechos y adoptar las medidas adecuadas a tales efectos. Prevé, así, normas tendientes a lograr dicha igualdad, a través de acciones positivas; la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*” conocida como Convención de Belem do Pará (ratificada por nuestro país). Asimismo, en materia de convenios internacionales de la OIT, cabe destacar el *Convenio Nro. 100 y la Recomendación Nro. 90*, relativa a la igualdad salarial –ratificados por nuestro país en 1956–, el *Convenio Nro. 111* sobre la discriminación en el empleo y la ocupación –ratificado por nuestro país en 1968– y la *Recomendación nro. 131*. Cabe mencionar, también, el *Convenio 156* de trabajadores de ambos sexos con responsabilidades familiares, de 1981, ratificado por nuestro país a través de la ley 23.451 de 1988; y la *Recomendación N° 165*. El art. 7mo del Convenio 156 establece que, entre los beneficios a otorgar, los Estados deben incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares puedan ejercer su derecho a desempeñar un empleo sin ser objeto de discriminación y en lo posible sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. También el reciente *Convenio 190 de la OIT* –ratificado por nuestro país por Ley 27.580–. Además, la *Declaración Socio-Laboral del Mercosur* que garantiza la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de sexo, entre otros; comprometiéndose los Estado Parte a garantizar este principio y a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado laboral. En el art. 3 se asume el compromiso de garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. En nuestro derecho interno, además de la ley antidiscriminatoria Nro. 23.592 y la *Ley 25.212* (que sanciona conductas discriminatorias) resulta trascendental la *Ley 26.485* destinada a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; y su *decreto reglamentario 1011/2010*.

los aspectos contemplados en ese título. No dudo que debe existir normativa específica referida a todas las facetas vinculadas a la maternidad, pero también a la paternidad y a las políticas de cuidados que requiere la sociedad actual, todo lo cual debería estar contemplado de manera conjunta en un título específico que abarque tales aspectos.

II. ¿Qué establece la LCT?

Como antes dijimos, a lo largo de los artículos que integran el título “Trabajo de Mujeres” podemos encontrar plasmado el rol secundario que le asigna el legislador a la mujer trabajadora y los resabios de la otrora normativa ya derogada. A fin de examinar las normas vigentes, mencionaremos los artículos que deberían, o bien ser revisados o bien derogados del texto de la Ley de Contrato de Trabajo. Veamos:

a) Art. 172 - Capacidad: establece, en su primera parte, que “la mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo...”; sin duda esta norma debe ser derogada al menos en esta parte de su texto. Esto así pues se trata de una afirmación innecesaria frente a lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación y el cuerpo normativo vigente. Es cierto que dicha disposición legal tiene los resabios de los textos anteriores del Código Civil de Vélez Sarsfield –incluso antes de la reforma de 1968– pero, en la actualidad, resulta cuanto menos insostenible aclarar lo obvio. Las personas que trabajan –sin distinción de género– deben ser capaces en los términos de los arts. 22 y 23 del CCC.

b) Art. 174 - Descanso al mediodía: se prevé que las mujeres que trabajan en horas de la mañana y de la tarde dispondrán de un descanso de “dos horas” al mediodía, salvo que por la extensión de la jornada, las características de las tareas que realice, los perjuicios que la interrupción del trabajo pueda ocasionar o el interés general, se autorizare la adopción de horarios continuos, con supresión o reducción de dicho período de descanso. Como puede observarse, prevé una diferenciación sin sustento entre el varón y la mujer trabajadora, pues los primeros no gozan de ese descanso. Vinogradski, en un interesante estudio,⁹ señala que la norma tiene un mero carácter

9. Vinogradski, Roberto, *Discriminación laboral de la mujer*, DT 2000-B, p. 2129.

sexista pues el objetivo claro es limitar a las mujeres a las tareas del hogar, al que podrá retornar al mediodía no para almorzar sino para preparar la comida en su casa y atender a la pareja e hijas/os. Este “derecho”, en verdad, lo que hace es perjudicar a la mujer trabajadora en el acceso al empleo pues es probable que, de aplicarse en la práctica, las personas empleadoras prefieran elegir trabajadores varones al momento de cubrir un puesto de trabajo. Es cierto que se detallan, en la norma, situaciones en las cuales se puede eximir a la empleadora de otorgarle el descanso de dos horas, pero requiere ser autorizada (¿por la autoridad administrativa?, ¿por un decreto reglamentario?) para ello.

c) Art. 175 - Trabajo a domicilio. Prohibición: la norma prohíbe encarar la ejecución de trabajo a domicilio a mujeres ocupadas en una empresa. La norma se refiere a las labores suplementarias que podrían asignársele para que las realice en su hogar. Tal como menciona Ackerman,¹⁰ la intención de la norma es privilegiar la ocupación de la mujer en tareas domésticas y es ese rol doméstico el protegido. No soslayo que la norma es positiva pues evita el trabajo más allá de la jornada laboral. Pero, sin duda, debería regir para cualquier persona trabajadora, sin distinción de sexos. En definitiva, si la intención de la disposición legal es evitar el exceso de la jornada pactada en detrimento de la normativa en materia de tiempo de trabajo y descansos, la prohibición debería regir para cualquier persona que trabaja. Es claro que la decisión del legislador está íntimamente vinculada con las tareas de cuidado dentro del hogar y con la carga que, en muchos casos, cae en cabeza de la mujer que trabaja, quien asume el rol de cuidadora de forma exclusiva o casi exclusiva. Ello se da de bruce con lo dispuesto por el Convenio 156 de la OIT y con la responsabilidad del Estado por lograr una mayor igualdad entre las personas que trabajan.

d) Art. 176: “Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre...”; dispone, asimismo, que regirá lo dispuesto en el art. 195 de la LCT. Cabe destacar que el art. 191, aplicable a los trabajadores adolescentes –o sea personas de 16 a 18 años– establece que rige

10. Ackerman, Mario, *La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades*, LT XXXI-289.

para ellos lo dispuesto en el art. 175 y 176; es decir, se encuentran asimiladas las condiciones de labor de las trabajadoras mujeres a las correspondientes a las personas menores de edad. Es cierto que si viajamos en el tiempo y observamos las primeras leyes que dieron origen al Derecho del Trabajo en nuestro país a comienzos del siglo XX, vamos a observar que algunas de ellas fueron dictadas para ser aplicables a “mujeres y menores”, como es el caso de la Ley 5.291 de 1907 referida al límite de la jornada de trabajo (si buceamos en los argumentos de la regulación conjunta, podemos observar que se invocaba que ambos eran “los factores más débiles de la producción”).¹¹ Sin embargo, más de cien años después resulta insostenible e incomprensible mantener normas que pretenden equipararlos. Incluso, el artículo en comentario extiende la presunción “iuris et de iure” del art. 195 de la LCT acerca de la responsabilidad de la empleadora, en caso de accidente de trabajo o enfermedad laboral cuya causa sea la realización de “tareas prohibidas” por la LCT.

Como sostuvimos en el trabajo antes mencionado,¹² para saber a qué actividades se está refiriendo la norma, cabe señalar que en doctrina se ha considerado “penosas” a aquellas labores que traen aparejada mayor grado de incomodidad en su realización, “peligrosas” a las que traen consigo cierto riesgo de cumplimiento, físico o moral, e “insalubres” a las que exponen a la persona trabajadora a contraer enfermedades.¹³ También en doctrina se ha dicho que la intención del legislador es proteger la salud presente y futura de la mujer como posible madre.¹⁴ Cabría preguntarse, si la intención de la norma es proteger su función reproductora, de haber tareas que la afecten, ¿por qué pensar que dichas labores no podrían repercutir también en la salud del varón?

En verdad, lo ideal sería que ninguna persona, más allá del género, esté expuesta a labores penosas, peligrosas o insalubres; sin embargo, toda vez que deben ser realizadas, en todo caso, quien tenga que llevarlas a cabo debe contar con todos los elementos de seguridad y la capacitación necesaria para

11. Palacio, Alfredo en *La Fatiga y sus proyecciones sociales*, Talleres Gráficos Argentinos de L. S. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1922, p. 246.

12. Pinto Varela, Silvia, *El Derecho laboral y la mujer*, op. cit., p. 117.

13. Centeno, N., Fernández Madrid, J. C. y López, J., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Ed. Contabilidad, Buenos Aires, 1987, pp. 822-823.

14. Ragusa, Beatriz, comentario al art. 176 LCT en *Ley de Contrato de Trabajo*, dirigida por Rodríguez Mancini, Ed. Astrea.

tratar de conjurar cualquier daño físico o psíquico, de conformidad con la normativa vigente en materia de seguridad e higiene, obligación a cargo de la empleadora. Para ello, la autoridad administrativa debe controlar su cumplimiento y sancionar a aquellas personas empleadoras que no cumplan con la normativa vigente en esta materia y a las ART que no controlen adecuadamente su cumplimiento. Pero ello debe regir tanto para la mujer como para el varón; no hay razón alguna para efectuar distinción al respecto pues no hace más que obstaculizar el acceso al empleo de la mujer trabajadora, acentuando la discriminación. Como sostiene Fontana,¹⁵ ante lo dispuesto por la OIT en el Convenio 156 ratificado por nuestro país, cabe revisar las normas a partir de las siguientes ideas: a) que existen condiciones de trabajo que son dañinas tanto para las mujeres como para los hombres; b) que los hombres también deben ser protegidos en su función reproductora; c) que algunas de esas normas podían tener como consecuencia la restricción de oportunidades de empleo para las mujeres.

Así las cosas, sin duda la mujer trabajadora debe encontrarse protegida durante la gestación y durante el período de lactancia; ahora bien, no deberían mantenerse disposiciones legales como la comentada que, pretendiendo una supuesta protección especial, lo único que logran es ubicar a la trabajadora en una situación de inferioridad de condiciones en la etapa precontractual.

e) Art. 177 LCT: Prohibición de trabajo. Conservación del empleo. Art. 158 inc. a) Licencia por paternidad: el art. 177 hace referencia a la licencia por maternidad que ha de gozar la mujer trabajadora derivada del nacimiento de la hija/o. El plazo que establece la ley es un total de 90 días, admitiendo la distribución hasta 30 días antes de la fecha del parto y el resto con posterioridad. En verdad, en un tramo del texto se refiere al “descanso posterior”, término que, en verdad no es correcto; la mujer trabajadora no está haciendo uso de un descanso sino de una licencia, una suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo por nacimiento de hija/o.

Nuestro país ratificó, oportunamente, el Convenio N°3 de la OIT referido a la protección a la maternidad. Ahora bien, dicho convenio fue

15. Fontana, Beatriz, “Trabajadores con responsabilidades familiares; El Convenio Nro. 156 de la OIT y la situación en el Derecho del Trabajo Argentino”, en *Revista de Derecho Laboral*, Actualidad, 2007-I-Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 9.

reemplazado por el Convenio N°183 que prevé catorce semanas como mínimo de licencia por maternidad, es decir, superior a la prevista en nuestra legislación. Pero, dicho convenio no está ratificado por la Argentina. En un informe del año pasado, la Organización Internacional del Trabajo, acerca de las licencias y los servicios de cuidados, señala que en el año 2021, de los ciento ochenta y cinco países miembros, ciento veinte han adoptado la licencia de catorce semanas dentro de los cuales cincuenta y dos cumplen o mejoran la norma de dieciocho semanas que recomienda la OIT.¹⁶

Más allá del debate que pueda existir acerca de si es suficiente o no el lapso otorgado en nuestra legislación a la mujer trabajadora gestante, se observa que no prevé extensión alguna del plazo, en caso de embarazos múltiples.

A ello cabe agregar que no incluye, dentro de dicha licencia, los casos de adopción, con lo cual se encuentra absolutamente desprotegida la mujer que adopta (al igual que el varón), la cual tampoco tiene licencia alguna para la realización de los trámites que tal adopción pueda requerir tanto de ella como de su pareja.

Sentado ello, se observa que, en el caso del progenitor, la licencia es solo de dos días, de los cuales uno debe ser hábil –a fin de que pueda realizar los trámites ante el Registro de las Personas (ver art. 160)–. Al respecto cabe destacar que, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país mediante Ley 23.849, del año 1990 así como los Protocolos adicionales, ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño y la niña, y el Estado debe velar por ello. De igual modo el Convenio 111 de la OIT, también ratificado por la Argentina, establece que el Estado debe velar por garantizar a las personas que trabajan igualdad efectiva de oportunidades y de trato.¹⁷ Asimismo, el Convenio 156 de la OIT, ratificado por nuestro país, expresamente intenta garantizar la igualdad en materia de responsabilidades familiares.

16. Informe publicado por la OIT, “Los cuidados en el trabajo; invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo”, marzo de 2022. También ver “Los cuidados en el trabajo: invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo”, Informe Regional Complementario para América Latina y el Caribe, noviembre de 2022.

17. Pinto Varela, S., “El Convenio 111 de la OIT y su proyección en el Derecho Argentino”, en *Revista de Derecho Laboral, Igualdad de Trato y Oportunidades*, 2019-I, Rubinzal-Culzoni, p. 49.

Como puede observarse, la normativa internacional marca el camino a seguir en cuanto a la urgente necesidad de extender la licencia de la persona no gestante, quien tiene obligaciones de cuidado con la niña o niño, en su calidad de madre no gestante o padre biológico o adoptivo.

No soslayamos que en el ámbito público y en algunas empresas privadas se observa un cambio relevante al respecto. En efecto, a modo de ejemplo el Decreto 214/2016, en su art. 140 (modificado por el Decreto 1086/2018) prevé para todo el personal en relación de dependencia de la Administración Pública Nacional que “La persona no gestante que ejerce la corresponsabilidad parental gozará del derecho a una licencia de quince días corridos por nacimiento de hijo/a a partir de la fecha del nacimiento. A ello cabe agregar que el art. 141 dispone una licencia de cien días corridos con goce de haberes, para el agente que acredite que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción de uno o más niños. Incluso dispone que si la guarda fuese otorgada a un matrimonio o a quienes acrediten la unión convivencial y los dos sean trabajadores comprendidos en el Convenio, podrán alternar dicha licencia de cien días entre ambos, de la forma que les sea más conveniente, a decisión de las partes (texto vigente, conforme decreto N°191/2023). Como puede verse, en el ámbito público nacional se le otorga un plazo más extenso al personal e incluye los supuestos de adopción y de progenitor no gestante.

En un sentido similar, en el Poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Acordada N°11 del año 2016 ha extendido la licencia parental a quince días corridos desde el nacimiento de la hija o el hijo. Ello también se ha visto plasmado en algunas empresas privadas¹⁸ e incluso pactado en Convenios Colectivos de Trabajo, tal como lo analiza Litterio en un trabajo sobre la materia.¹⁹

18. En tal sentido, el diario *La Nación*, del 08/03/2022 refiere en “Licencias para padres: cada vez más empresas otorgan días adicionales a las dispuestas por ley”, que el Banco Galicia y sus compañías vinculadas, dan 30 días corridos; la empresa P&G brinda diez días hábiles; Red Link, una licencia de cinco días con un programa especial que permite extenderlo a un mes; el laboratorio GSK ofrece una licencia de dos semanas corridas; Natura, de cuarenta días desde el año 2016; Roche una licencia parental de quince días; Johnson & Johnson les da ocho semanas, etc.

19. Litterio, L. *Responsabilidades familiares y licencias paternas. Tratado de Géneros Derecho y Justicia*, dirigido por Herrera, M., Fernández, S. y De la Torre, N., Rubinzal-Culzoni, 2020.

Las modificaciones mencionadas encuentran correlato en el cambio social y cultural que ha atravesado nuestra sociedad y que lleva a que también se les reconozca a las personas no gestantes la posibilidad, el derecho y el deber de compartir los primeros tiempos de sus hijas o hijos.

Cabría, entonces, modificar las normas citadas ampliando derechos como los mencionados.

f) Art. 179. Descansos diarios por lactancia: la disposición legal cuenta con dos párrafos. El primero se refiere al derecho de la mujer trabajadora de suspender sus labores por el lapso de media hora en dos oportunidades a lo largo de la jornada laboral, para amamantar a su hija o hijo. La norma dice “descansos”; en verdad no son descansos sino lapsos para poder alimentar a la hija o hijo; más allá de este cuestionamiento terminológico, es claramente positivo el derecho aquí consagrado.

Y si bien este artículo lleva el título antes mencionado, lo cierto es que, en su segundo párrafo, incluye una disposición referida a la obligación de las y los empleadores e “habilitar salas maternas y guarderías” para niños hasta la edad y condiciones que establezca la reglamentación.

Esta norma se mantuvo sin reglamentación durante más de cuarenta años hasta que, tal como lo mencionamos al comienzo del trabajo, la jurisprudencia cumplió un rol relevante al respecto. En efecto, el Alto Tribunal, en autos “Etcheverry, Juan Bautista y otros s/ Amparo Ley 16.986”, con fecha 21/10/2021 confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal y, en concordancia con el dictamen del Sr. Procurador Fiscal, concluyó, luego de analizar la normativa aplicable, que resultaba procedente la acción por la omisión de la autoridad pública derivada de la falta de implementación de un mandato legislativo expreso que lesiona los derechos constitucionales de niños, niñas, trabajadores y trabajadoras que ejercen tareas de cuidado. Así le ordenó al Poder Ejecutivo que, en el plazo de noventa días, reglamentara esa disposición legal. Además, en el considerando 11 del Dr. Rosatti se destaca “que las mandas que emergen del bloque de constitucionalidad y de las cláusulas supralegales citadas ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad de superar los estereotipos de género que una lectura literal del art. 179 podría abonar. La limitación del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo a las trabajadoras (interpretando que se excluiría a los trabajadores) desconoce que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de

los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (cfr. Arg. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fomerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012...)...”.

El Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 22 de marzo de 2022, reglamentó el art. 179 mediante decreto 144/2022, que entró a regir al año de su publicación.

En síntesis, en la modificación legislativa que se efectúe, deberían incorporarse las pautas de la reglamentación en esta materia, sin distinción del género del personal que trabaja en la empresa.

g) Art. 183 - Estado de excedencia. Distintas situaciones. Opción en favor de la mujer. Art. 186. Opción tácita. El art. 183 hace referencia a las distintas opciones con las que cuenta la mujer trabajadora luego de haber transitado la licencia por maternidad. Así, prevé que puede continuar en la empresa en las mismas condiciones que gozaba antes de dicha licencia; quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres meses ni superior a seis meses. Asimismo, extiende esa licencia al supuesto de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo. Agrega, que ello será conforme los alcances y limitaciones que disponga la reglamentación.

Como puede observarse, esta licencia no remunerada mencionada en la norma solo es viable para la mujer trabajadora. No podría un trabajador varón solicitarla en ninguno de los supuestos allí previstos, esto es nacimiento de hijo o cuidado de hijo enfermo menor de edad. En verdad, la norma acentúa los estereotipos patriarcales pues parte de la idea de que solo la mujer ha de ser quien efectúa las tareas de cuidado. Omite tener en consideración que, ya sea por una decisión de la pareja; por ser ambos integrantes de la pareja progenitores varones; o ser ambas mujeres y decida quedarse la madre no gestante, o por tener un mayor ingreso la mujer trabajadora, o cualquier otro motivo, puede que la familia resuelva que sea la persona no gestante la que ha de quedarse al cuidado de la o el menor. Por ende, entendemos que debe ser modificada esta licencia y ser extendida a cualquiera de los progenitores, ya sean biológicos o adoptantes.

Al respecto resulta muy interesante un reciente informe de la OIT sobre políticas de cuidado. Allí, entre varios otros temas, se analiza la licencia parental, que es un permiso de larga duración al que pueden acogerse

los progenitores para cuidar de sus hijos una vez expirados los permisos de maternidad y paternidad. Aunque normalmente se puede acoger a ella cualquiera de los dos progenitores, las mujeres la utilizan más. El informe señala que, en Europa, la mayoría de los países cuenta con esta licencia. Asimismo, en otro informe de políticas de cuidado de la OIT referido a América Latina y el Caribe, se destaca que solo cuatro países de América Latina y el Caribe (Cuba, Chile, Ecuador y Uruguay) han incursionado en el reconocimiento de licencias parentales. Pero señala el informe que “Las cifras disponibles muestran, sin embargo, que el uso de las licencias por parte de los hombres es muy escaso. A pesar de que su trayectoria es corta, en países como Chile y Uruguay se han desarrollado interesantes esfuerzos de sistematización y seguimiento que permiten identificar fortalezas y debilidades de los modelos propuestos y extraer lecciones aprendidas. Extender los esfuerzos para evaluar los modelos de licencia parental es relevante tanto para los países que ya los aplican como para aquellos interesados en incursionar en este ámbito...”. Entendemos que debería incorporarse a nuestra legislación dicha licencia para cualquiera de los progenitores, tanto biológicos como adoptivos, con políticas activas por parte del Estado a fin de fomentar la corresponsabilidad en materia de cuidados.²⁰

En este sentido, la autora española María José Añón ha señalado que en España se ha logrado avanzar hacia la corresponsabilidad familiar. A tal efecto, se ha dictado el real decreto ley 6/2019, que establece directamente una obligación (pública y privada) de adoptar medidas de conciliación centradas en hombres, imponiendo un permiso de paternidad obligatorio e intransferible y de igual extensión que el permiso de maternidad. Se trata de una norma “que es expresión de la toma de conciencia sobre la insuficiencia, en ocasiones, de medidas proporcionales, incentivadoras o reparadoras...”.²¹

20. Informe de la OIT “Los cuidados en el trabajo; invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo”, marzo de 2022. Asimismo, el segundo informe “Los cuidados en el trabajo: invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo. Informe Regional Complementario para América Latina y el Caribe”, noviembre de 2022.

21. Añón, María José, “Mujeres, igualdad y ciudadanía”, en Patricia A. Fernández Andreani, Gabriela Fernanda Boquin (dirs.), *Igualdad real de las mujeres. El derecho a la paridad efectiva*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 21.

Finalmente, como otra posibilidad, el art. 183 prevé el supuesto de que la mujer trabajadora rescinda el contrato de trabajo percibiendo una “compensación” por el tiempo de servicio, equivalente al 25% del art. 245 de la LCT.

Ahora bien, el art. 186 se titula “opción tácita”. Y dispone que si la mujer no se reincorpora al empleo luego de vencido el plazo de licencia por maternidad y no comunica a su empleador cuarenta y ocho horas antes que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación del art. 183. En definitiva, la norma presume, en tal caso, que la trabajadora ha rescindido el contrato. A mi juicio esta norma no puede ser interpretada literal y aisladamente sino en el contexto normativo en que se halla inmersa y a la luz de los cambios sociales y culturales que ha atravesado la sociedad en los últimos cincuenta años. Al respecto, la Corte Suprema expresó que las leyes deben interpretarse de manera evolutiva, teniendo en consideración las “nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro” (Fallos: 333:2306, “Álvarez”, considerando 9°).

Como ha sostenido la Sala IV en un supuesto en que se discutía el alcance de esta disposición legal, la Ley de Contrato de Trabajo está integrada por un conjunto de normas cuya interpretación debe ser efectuada de modo armónico con todas las disposiciones que la integran y sin soslayar lo dispuesto por el art. 9 de la LCT. De este modo, lo dispuesto en el artículo citado debe ser examinado a la luz del art. 58 de la LCT en cuanto establece que no se admiten presunciones en contra de la persona trabajadora ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que derive de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido. La norma es muy clara acerca de la imposibilidad de que existan renunciaciones tácitas. Ninguna conducta omisiva puede traer como consecuencia la extinción del contrato de trabajo. Recordemos, también, que la LCT es muy rigurosa para admitir la renuncia al empleo, exigiendo requisitos concretos en el art. 240 de la LCT. A lo expuesto cabe agregar una norma fundamental en nuestra disciplina que consagra el principio de irrenunciabilidad, que es el art. 12 de la LCT. Desde tal orden de saber, aun en el texto actual, en función de las normas citadas e incluso el propio art. 10 de la LCT –que prevé que en caso de duda las situaciones deben resolverse por la subsistencia del

contrato– no podría dársele el alcance que surge de una interpretación literal al art. 186 citado.²²

Sentado lo expuesto, es claro que el texto es controvertido y no se compeadece con el marco normativo nacional e internacional, por lo que debería ser dejado sin efecto.

h) Art. 184 de la LCT. Reingreso. En esta norma la ley se refiere al supuesto en que la mujer trabajadora transitó por la licencia por excedencia. En tal caso, sostiene que “el empleador podrá disponer” que la trabajadora vuelva a su mismo cargo, lo cual es la consecuencia lógica de cualquier reingreso luego de una licencia. En segundo término sostiene que puede disponer que vaya a un cargo superior o inferior, aunque agrega que debe ser de común acuerdo con la persona trabajadora. Esta norma, que estaría refiriéndose a la posibilidad de que se inserte a la empleada en un cargo inferior, debería ser analizada a la luz del art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo y el principio de irrenunciabilidad.

Finalmente, prevé su despido indemnizado aunque agrega que si el empleador demuestra “la imposibilidad de reincorporarla...” la indemnización ha de ser el 25% de la correspondiente por despido. Cabría preguntarse a qué se refiere la norma cuando señala “imposibilidad” de reincorporar; si se tratara de un supuesto de fuerza mayor, la propia ley prevé una indemnización superior a la aquí dispuesta (ver art. 247 de la LCT) y no habría razón alguna para que la mujer cobrara menos que el resto de los trabajadores como resarcimiento por la pérdida del empleo. Sin duda estas normas deben ser modificadas pues incurren en discriminaciones arbitrarias que lesionan normas de rango constitucional y supralegal. Repárese en que el legislador prevé el pago de una indemnización harto reducida, solo en extinciones del vínculo respecto de la mujer trabajadora.

III. Conclusión

Hemos intentado mencionar algunos aspectos controvertidos del Título VII de la Ley de Contrato de Trabajo que, a nuestro juicio, requieren

22. CNAT Sala IV, “R.A.A. c/ *Compañía Hotelera Argentina SA s/ despido*”, SD del 22/09/2020.

una urgente modificación para que se adapten a la profusa normativa internacional y a los contundentes cambios sociales ocurridos en las últimas décadas.

Como destaca el procurador fiscal en el caso “Puig”, entre otras disposiciones relevantes, cabe destacar que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé que la acción estatal debe tender a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 8). A su vez, su artículo 16 estipula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores, en materias relacionadas con sus hijos.

Para lograr ello, debemos revisar aquellas normas que mantienen estereotipos anacrónicos y fomentan la desigualdad en el mundo del trabajo.

Sin duda, la adaptación de la Ley de Contrato de Trabajo al cambio de paradigma del rol de la mujer en el mundo laboral es imprescindible y debe ser logrado cuanto antes. Solo así podremos tener una legislación laboral moderna, inclusiva, destinada a garantizar una sociedad más equitativa, menos discriminatoria.

Bibliografía

- Ackerman, Mario, “La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad”, en *Revista Legislación del Trabajo*, T. XXXI-289, 1983.
- Añón, María José, “Mujeres, igualdad y ciudadanía”, en Patricia A. Fernández Andriani, Gabriela Fernanda Boquin (dirs.), *Igualdad real de las mujeres. El derecho a la paridad efectiva*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021.
- Brosio, M.; López Mourelo, E. y Yance, M., *Factores sociales que determinan la demanda de cuidados en Argentina. Una aproximación cuantitativa*, OIT, Buenos Aires, 2022.

- Centeno, N., Fernández Madrid, J. C. y López, J., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Ed. Contabilidad, Buenos Aires, 1987.
- Fontana, Beatriz, “Trabajadores con responsabilidades familiares: el Convenio Nro. 16 de la OIT y la situación en el Derecho del Trabajo argentino”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- Litterio, Liliana, “Responsabilidades familiares y licencias paternas”, en *Tratado de Género, Derecho y Justicia dirigido por Herrera, M., Fernández, S. y De la Torre, N.*, Rubinzal-Culzoni, 2020.
- Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- Pinto Varela, Silvia, “El derecho laboral y la mujer”, en Patricia A. Fernández Andreani, Gabriela Fernanda Boquin (dirs.), *Igualdad real de las mujeres. El derecho a la paridad efectiva*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021.
- “Discriminación por género: algunas reflexiones acerca de la necesidad de reformar la ley de contrato de trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, 2008.
- “El trabajo, las trabajadoras y la necesaria reforma normativa en pos de protección con igualdad de oportunidades”, en *Provocaciones, libro homenaje a Mario Ackerman*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.
- “El convenio 111 de la OIT y su proyección en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho Laboral, Igualdad de Trato y Oportunidades*, Santa Fe, 2019.
- Ragusa, Beatriz, “Comentario al art. 172 de la Ley de Contrato de Trabajo”, en Rodríguez Mancini, Jorge. (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014.
- Vinogradski, Roberto, *Discriminación laboral de la mujer*, DT 2000-B, Editorial La Ley, 2000.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Magistratura, comunicación y tecnología: una reformulación de la función judicial en el siglo XXI

Los cambios sociales. El abuso en la libertad de expresión: el desprestigio de la magistratura, la revictimización y el negacionismo. La necesidad del lenguaje claro. ¿Qué rol deparan a las redes sociales?

*Francisco Guido Santillán**

Resumen

El objetivo de este trabajo es resaltar los cambios sociales de las últimas décadas y sus implicancias en la labor judicial. En particular, en lo que respecta a la libertad de expresión –comprensiva de la libertad de prensa–, la diversidad cultural y étnica, y los derechos de las mujeres. Asimismo, el análisis establece parámetros para determinar en qué circunstancias se justifica la aplicación del Derecho Penal para punir discursos de odio, especialmente en redes sociales. Por último, se identifican estrategias y acciones posibles, las cuales son sugeridas para alcanzar un lenguaje claro y preciso,

* Abogado y Docente (UBA), con 12 años de desempeño en la enseñanza universitaria. Su trayectoria abarca 7 años en la materia Derecho Internacional Penal Profundizado y, actualmente, lleva 7 años en la asignatura Parte Especial del Derecho Penal. Sus investigaciones enfocan la criminalidad, especialmente la internacional, transnacional, tecnológica, financiera, de masas, estatal y ambiental. Es Especialista en Carrera Docente (UBA), Diplomado del Programa Ley 27.063 CPPN (Consejo de la Magistratura), Especialista en Administración de Justicia (UBA), Especialista en Derecho Penal (UBA) y Magíster en Derecho de las Nuevas Tecnologías (UCM). Ha completado la Maestría en Magistratura (UBA) –en proceso de tesis–. Fue admitido como Doctorando en Derecho (UBA) y como Alumno en 42 Madrid (Fundación Telefónica). Autor de 6 publicaciones y coautor en 2. Trabaja desde hace 12 años en la Justicia Federal de CABA. Emprendedor en inversiones bursátiles y criptoactivos. Fundador del proyecto Francrypto®; fsantillan@derecho.uba.ar / fsantill@ucm.es.

así como también, una buena y saludable comunicación entre la Justicia y los ciudadanos a través de las redes sociales.

Palabras clave: libertad, expresión, redes sociales, magistratura, derecho, constitucional, penal, comunicación, pluralidad, segregación, tolerancia, sociedad, lenguaje claro.

Judiciary, Communication & Technology: A Reformulation of the Judicial Function in the 21st Century

Social changes. Abuse of freedom of expression: the judiciary disrepute, re-victimization and negationism. The clear language needs. What role do social networks will have?

Abstract

The aim of this paper is to highlight the social change of the latest decades and its implications in the judicial labor. Particularly, with respect to freedom of expression –including freedom of press–, cultural or ethnical diversity and women’s rights. In addition, the analysis seeks parameters to determine in which circumstances the use of criminal law is justified to prosecute hate speech, especially on social media. Finally, it identifies possible strategies and actions, which are suggested to achieve clear and unambiguous language, as well as, a good and healthy communication between justice and citizens in social networks.

Keywords: Freedom, Expression, Social Media, Judiciary, Law, Constitutional, Criminal, Communication, Plurality, Segregation, Tolerance, Society, Clear Language.

... ante él no veía la muerte, sino algo mucho peor: la destrucción absoluta. El Diario iba a quedar reducido a cenizas y a *él lo vaporizarían*. Únicamente la Policía del Pensamiento iba a leer lo que él escribiera antes de hacer que esas líneas desaparecieran incluso de la mente.
1984, George Orwell.

I. Introducción

Las formas de vida tradicionales del siglo XX están quedando atrás, el mundo en pocos años avanzó a una velocidad inusitada en lo que se refiere a la tecnología y las consecuencias que esta conlleva. Se ha pasado de la correspondencia, el diario en papel, la radio, la telefonía fija, la televisión, entre otras actividades, a unificarse todas ellas en un celular que está al alcance de nuestras manos.

El actual contexto pandémico es el mejor ejemplo del enorme avance en esta *era de la información*, nótese que se han redefinido los hábitos de las personas en casi su totalidad. Ahora estudiamos o trabajamos a distancia y valiéndonos necesariamente de un teléfono o computadora, las criptomonedas empiezan su período de adaptación,¹ como también ya explotó el *e-commerce* que ha visto su punto de máximo esplendor este año (una situación tristemente inversa a la mala fortuna que corrieron los negocios que no han logrado ajustarse a esta nueva realidad), e incluso, se ha llegado al punto en el que nuestros vínculos o afectos con aquellos que nos rodean (familia, amigos, entre otros) se han restringido a las videollamadas. Todo ello ha

1. Sería interesante analizar si en algún momento la tecnología *blockchain* podría aplicarse para las distintas dependencias judiciales, concatenando todos los actos procesales con un *hash*, del mismo modo que se hace hoy en día con las criptomonedas.

En un trabajo conjunto, hemos definido el desafío que se presentará con el devenir del dinero digital, especialmente en lo vinculado con maniobras de lavado de dinero. Para un mayor análisis, véase: Francisco Guido Santillán - Agustín Sarquis, "Criptomonedas: un desafío inminente del derecho penal", *Rubinzal Culzoni Online*, 2020, Cita: RC D 3092/2020.

influido tanto en la Justicia² como en los Medios de Comunicación,³ que están lejos de ser ámbitos estancos o ajenos a este proceso.

Utilizaré como disparadores entonces, algunas preguntas que me han inquietado durante estos últimos años:

¿Cómo ha cambiado la sociedad en sus procesos de inclusión/exclusión?

¿Cuál es la regulación base en materia de expresión?

¿Deben judicializarse las extralimitaciones?

¿Existen estrategias para combatir el desprestigio que en ocasiones se hace de la administración de justicia?

¿Qué debe hacer un magistrado para comunicar sus decisiones?

¿En qué medida la gran expansión tecnológica puede volverse perjudicial sobre la calidad de la información pública?

Ninguna de ellas resultará fácil de contestar, pero es el objetivo de este trabajo elaborar alguna posible solución o reconcepción, comenzando como

2. En lo concerniente a la política criminal, he marcado en otra investigación que las dificultades propias del sistema penitenciario (e incluso policial) han confluído con aquellas que trajo la pandemia. Para profundizar, véase: Francisco Guido Santillán, “Problemas y paradojas de la prisión preventiva excesiva en una Argentina pandémica. ¿Son los sistemas acusatorios, o la implementación del Código Procesal Penal Federal, la solución? ¿Qué hacer durante el COVID-19 con los detenidos?”, *Rubinzal Culzoni Online*, 2020, Cita: RC D 2915/2020.

3. Resulta bastante impresionante el poder que actualmente tienen las empresas privadas de redes sociales como formadoras de opinión. Existe una creencia popular en la que se define a los medios masivos de comunicación como el cuarto poder de un Estado; bajo esa misma línea, las redes sociales se insertarían como parte de ese cuarto poder.

Basta, por ejemplo, solo con ver cómo Twitter inicialmente ha calificado de *engañosos* algunos mensajes que el entonces presidente estadounidense Donald Trump ha realizado por esa plataforma. Circunstancia que obviamente es receptada por los medios *clásicos* de comunicación. Para más ahondamiento, consultar: *Infobae*, “Twitter señaló como ‘engañosos’ diez mensajes de Donald Trump desde el comienzo de las elecciones”, 06/11/20, <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/11/06/twitter-senalo-como-enganosos-diez-mensajes-de-donald-trump-desde-el-comienzo-de-las-elecciones/>

De hecho, y transcurrido un cierto período de tiempo, se ha dispuesto la clausura de las cuentas del ex presidente. Léase: *Télam*, “El cierre de cuentas de Trump y el poder de las plataformas digitales para zanjar el debate público”, 16/01/21, <https://www.telam.com.ar/notas/202101/541746-el-cierre-de-cuentas-de-trump-y-el-poder-de-las-plataformas-digitales-para-zanjar-el-debate-publico.html>

he dicho por el cambio cultural que han tenido las sociedades en estos últimos años. Me valdré para ello de una comparativa entre la Argentina y Estados Unidos principalmente, que, estimo, será más enriquecedora.

II. De la “segregación” a la idea de “tolerancia”, y hacia la actual concepción de una “pluralidad”

La historia mundial se ha caracterizado, durante el siglo pasado, por ser abundante en lo que a la exclusión de personas refiere, tristemente se han alcanzado los máximos grados de violencia en nombre de supuestas razas superiores, culturas occidentales o algún orden social que justificaron y legitimaron el devenir de los genocidios desde las máximas esferas estatales de poder.

Aquellos resultados no fueron algo casual, sino más bien el producto de la confluencia de una gran cantidad de variables negativas de las sociedades en aquel entonces –algunas que incluso persisten hasta hoy–.⁴ Una de esas variables fue precisamente la *segregación* del humano distinto, como la construcción de una otredad diferente, con un marcado carácter negativo o peyorativo.⁵

En el punto de partida del siglo XX fue notorio un rechazo que se vivía a flor de piel (con el racismo y la xenofobia, la homofobia y el machismo, la religión o el origen social distinto, entre otros procesos similares) y, donde a las claras, las personas debían evitar permanecer en un mismo espacio físico con esos otros diferentes a lo que cada uno de ellos en sí mismo se sentía representar. Posiblemente, el más acabado ejemplo de ello fue la duración del *apartheid*,

4. He desarrollado el tema de la “Influencia Negativa de las Sociedades contemporáneas” como una forma de analizar los modos en que socialmente las personas se han predispuesto para incorporarse en un genocidio por circunstancias que evidentemente las superan, una reflexión para repensar la modernidad como un problema en sí mismo. Para ahondar, véase el capítulo III de: Francisco Guido Santillán, “Valorar la insubordinación: Problemas de la obediencia amoral en los crímenes de masas”, en Mariano H. Borinsky (dir.), Daniel Schurjin Almenar (dir.), *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 1era ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, octubre 2020, pp. 1037-1050.

5. Para profundizar, sería pertinente ahondar en la bibliografía de Zygmunt Bauman, como también en aquella de Raphael Lemkin en lo que hace a la definición jurídica del *genocidio*.

que generó todo un desarrollo jurídico penal internacional en sí mismo; sin embargo y sacando ese contexto puntual, los tiempos fueron cambiando en toda América y se pasó a un estadio de lo que podría denominarse la *tolerancia*.

Si se analiza el contenido de lo que hace a ese comportamiento humano, y se observa para ello un simple análisis etimológico, esta palabra proviene del latín *tolerāre*. Significa el hecho de “1. tr. Llevar con paciencia. 2. tr. Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente. [...] 4. tr. Respetar las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias”.⁶ Casualmente el desarrollo jurídico fue en ese mismo sentido, esa idea por la cual se debía de soportar al otro –como un molesto inevitable– y con el fin último de igualarlo ante la ley –al menos en un primer momento, en lo que a derechos civiles y políticos se refiere.

El *leading case* de la Corte Suprema de Estados Unidos, de mediados del siglo pasado, nos permite ejemplificar claramente este paso de esa segregación a la tolerancia. Precisamente, es el conocido *Brown v. Board of Education of Topeka*, en el cual se dejó asentado que no podía denegarse la admisión de un niño negro en aquellas escuelas donde asistían solo y exclusivamente niños blancos.

En aquel precedente se argumentó:

“...La segregación alegada privó a los demandantes de una protección igualitaria legal bajo la decimocuarta enmienda de la constitución. En cada uno de los casos, exceptuando el del Estado de Delaware, los tres Jueces de cada Tribunal Federal de esos Distritos descartó la demanda bajo la doctrina denominada ‘separados pero iguales’ de conformidad con el precedente de la Corte Suprema *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537. Bajo esa jurisprudencia, se acordó la igualdad de trato en las instalaciones educativas, aunque estas estuvieran físicamente separadas para cada ‘raza’. En el caso de Delaware, la Suprema Corte de Delaware adhirió a esa doctrina, sin embargo ordenó que los demandantes fuesen admitidos en ‘escuelas blancas’ dada la sobrepoblación de las ‘escuelas negras’”.⁷

6. Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es>.

7. Traducción libre del inglés: “...This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment. In each of the cas-

En el ámbito local, otro ejemplo nos lo da el debate parlamentario por el voto femenino de las argentinas, justamente en un contexto temporal similar.

Así, un legislador disponía con bastante vehemencia:

“... el hombre y la mujer no son iguales, yo me pregunto entonces ¿para qué otorgar igualdad política a dos seres que no lo son? [...] es una verdad de la ciencia que el cerebro de la mujer pesa menos que el del hombre, ni me falta a mí experiencia de médico, para demostrar una vez más que hombres y mujeres no son iguales...”⁸

Estas discusiones parecen bizantinas bajo la óptica de nuestros ojos contemporáneos, sin embargo, en aquel entonces no resultaban para nada descabelladas y de hecho eran los argumentos utilizados por aquellos sectores más conservadores de cada sociedad en cuestión.

Un gran diagnóstico de ello nos lo dio el célebre ministro de la CSJN al exponer que:

“La Argentina no vivió realmente la democracia. La intolerancia, la mortal enemistad, el fraude, las proscripciones, el terror al triunfo del adversario, mostraron al desnudo que la crisis que se manifiesta a través de los comportamientos, los hábitos, las costumbres, las estructuras mentales, enraíza en los cimientos. En lo profundo, como una clave insoslayable, subyace la fórmula del desarrollo histórico-social de la Argentina. La que se expresa en la frase de Pellegrini, que no es otra cosa que la de Alberdi,

es other than the Delaware case, a three-judge federal district court denied relief to the plaintiffs on the so-called ‘separate but equal’ doctrine announced by this Court in *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537. Under that doctrine, equality of treatment is accorded when the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate. In the Delaware case, the Supreme Court of Delaware adhered to that doctrine, but ordered that the plaintiffs be admitted to the white schools because of their superiority to the Negro schools”. Cfr. US Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954, punto [488], <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.

8. Cfr. Congreso de la Nación Argentina, “Imperdible. Debate en el Congreso por el voto femenino (Argentina, 1947)”, <https://www.youtube.com/watch?v=byi5TNn95B8>.

cuando reconoce que el conflicto no reside en la existencia de dos partidos, ni se centra en la división entre unitarios y federales. Que de lo que en realidad se trata es de la existencia de dos países diferenciados, que no son otros que Buenos Aires y las provincias [...] Buenos Aires, la ciudad-puerto, opera como factor centralizante y unitarizante dentro de la vida política argentina, con su macrocefalia, por inversión de la distribución demográfica [...] la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre los derechos y garantías constitucionales y, en particular, sobre la censura y libre circulación de la prensa, no podía dejar de reflejar la discontinuidad constitucional, el estigma del origen espurio de los gobiernos militares, sin más legitimidad que la espada y la subordinación del derecho al nudo imperio de la fuerza”.⁹

En esa misma época analizada, Popper elaboró (en su célebre obra) algunas de las *paradojas* que transcurrían dentro de una sociedad de mediados del siglo pasado, a las que definió del siguiente modo, a saber:

La primera de ellas:

“... la llamada *paradoja de la libertad* postula que la libertad, en el sentido de ausencia de todo control restrictivo, debe conducir a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles. De forma algo distinta, y respondiendo a una tendencia muy diferente, esta misma idea ha sido expresada claramente por Platón”.¹⁰

De ese mismo modo derivó a una segunda, que se relaciona con la discusión que quiero dar:

“... la *paradoja de la tolerancia*: la tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si extendemos la tolerancia

9. Cfr. Carlos Santiago Fayt, *La omnipotencia de la prensa: su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 126.

10. Cfr. Karl Raimund Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Editor digital Tivillus 23.01.15 (1945), p. 679.

ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia. Con este planteamiento no queremos significar, por ejemplo, que siempre debamos impedir la expresión de concepciones filosóficas intolerantes; mientras podamos contrarrestarlas mediante argumentos racionales y mantenerlas en jaque ante la opinión pública, su prohibición sería, por cierto, poco prudente. Pero debemos reclamar el derecho de prohibirlas, si es necesario por la fuerza, pues bien puede suceder que no estén destinadas a imponérsenos en el plano de los argumentos racionales, acusándolos de engañosos, y que les enseñen a responder a los argumentos mediante el uso de los puños o las armas. Debemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes. Debemos exigir que todo movimiento que predique la intolerancia quede al margen de la ley y que se considere criminal cualquier incitación a la intolerancia y a la persecución, de la misma manera que en el caso de la incitación al homicidio, al secuestro o al tráfico de esclavos”.¹¹

Bajo la idea anterior, lo que resulta conveniente es delimitar –al menos preliminarmente– ¿cuál debe ser entonces la actitud del Estado respecto de la información en general?, dejándose para capítulos posteriores el análisis sobre ¿qué debe hacerse desde el ámbito público con la información intolerante?

Para responder esta primera inquietud, echaré mano a lo que hoy conocemos como el *derecho a la información*, así se ha definido que:

“... para Jorge Xifra Heras, el derecho de información tiene actualmente *dos manifestaciones*: la tradicional libertad de prensa o de expresión, situada en el momento emisor, y el moderno derecho a la información que se encuentra a nivel del receptor. La primera es *una libertad activa que se coloca al lado de quien*

11. Cfr. *Ibid.*

tiene algo que comunicar a sus semejantes [...] presupone una abstención por parte del Estado...”.

Mientras que el segundo:

“... es, en cambio, *un derecho pasivo*, no una libertad de hacer, sino una posibilidad de recibir que, como dice Rivero, *otorga al hombre una especie de crédito para hacerlo valer frente a la comunidad*: no se trata solo de un límite impuesto al poder, sino que se traduce en *un poder de exigir...*” –el destacado me pertenece.¹²

Son especialmente estas dos formas del *derecho a la información* las que –con la llegada de las redes sociales– han permitido que día a día la sociedad se haya vuelto más plena o libre, es decir, que básicamente todas las personas tienen su derecho de emitir pensamientos o ideas propias, mientras que pueden averiguar las ajenas. Es a partir de este esquema que se enriquecen los debates –siempre que las discusiones no se lleven a extremos muy opuestos que se dispersan–. Queda así lejos esa visión de tener que aguantar al que no es como uno, que ya ha sido puesta en crisis, habiéndose arribado a una concepción de *pluralidad*.

Esta última noción viene por el lado de pensar o de ver que las luchas de unos son en realidad las de todos, es decir, aceptar que cada cual tiene la potestad de sentirse pleno en sí mismo y acompañar una idea en la que todos puedan sentirse así. Simplemente con ver hombres participando en las marchas de *Ni una menos* como en las de *Me too*, o con observar blancos en las manifestaciones de *Black Lives Matter*, podemos ver que el mundo parece ser un lugar mejor.

Sin embargo, toda reforma social trae aparejada un proceso de contrarreforma, y es precisamente el que viene por el lado de los *haters* en Twitter, un fenómeno ciertamente peculiar, por cuanto sus manifestaciones de odio suelen darse desde usuarios que se valen del cierto anonimato que les dan sus computadoras para actuar de esa forma.

12. Cfr. Carlos Santiago Fayt, *op. cit.*, pp. 91-92.

III. Una visión jurídica-clásica del marco nacional y regional

Habiéndose abordado el tema en lo social, ahondaré entonces en el desarrollo legal que ha tenido la *libertad de expresión* tanto en el ámbito local como en el sistema interamericano; en ambos casos resultará ser un concepto fundante que se consolida como la base fáctica del *derecho a la información* en los dos sentidos que reseñé en el apartado anterior.

Precisamente, nuestra Constitución –desde sus orígenes en 1853– dispone, en su declaración de derechos y garantías, que:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender” [el destacado me pertenece].¹³

El artículo 32 establece que: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal” [el destacado me pertenece].¹⁴

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1994, se agregó la sección de *Nuevos derechos y garantías* como también las *Facultades del Congreso*, en las cuales se insertaron las siguientes consideraciones:

En lo referido a los partidos políticos se expresó que:

“... esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

13. Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 14.

14. Cfr. *Ibid.*, artículo 32.

[...] deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio” [el destacado me pertenece].¹⁵

Y en lo que engloba las atribuciones del Poder Legislativo se puntualizó que debe “... Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.¹⁶

Mucho se ha discutido a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre el modo en que toman vigencia estos derechos, es decir, *si son operativos* en sí mismos o *programáticos*.

Dicha discusión fue zanjada a nivel jurisprudencial por nuestro máximo tribunal. Ocurrió en un precedente en el cual de forma *impropia* el actor se valió de la acción de *habeas corpus* para evitar la clausura del diario *Mercedes* del cual él era director, allí se estableció que:

“... las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué caso y con qué justificativos podrá procederse ‘a su allanamiento y ocupación’, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas [...] Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” (“Manual de la Constitución argentina”, en Obras completas, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90). [el destacado me pertenece].¹⁷

15. Cfr. *Ibid.*, artículo 38.

16. Cfr. *Ibid.*, artículo 75, inciso 19, último párrafo.

17. Cfr. CSJN, *Siri Ángel S. s/ habeas corpus*, Fallos (239:459), rta. 27/12/57.

Evidentemente se tomó nota de ello, por cuanto en la última reforma constitucional se establecieron una serie herramientas para poder hacerlas valer rápidamente ante los magistrados –sea que se tratase de una falta de protección (por un deber de abstenerse) o por una falta de conductas positivas (para el desarrollo de ese derecho)–. En lo que interesa a este trabajo, estas herramientas son las rápidas acciones judiciales de *amparo* y de *habeas data*.¹⁸

Por otra parte, las reseñas constitucionales que efectué no son estancas en sí mismas, sino que conviven además con múltiples artículos de otros instrumentos internacionales diversos (tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros) que vienen incorporados con idéntica jerarquía constitucional, por lo que la protección mencionada *se amplía aún más*.¹⁹

Algunos autores sostienen –incluso– que existen pocos derechos tan importantes como el de la *libre expresión*, defendiendo una concepción muy amplia de lo que esta debe significar, y exigiendo una protección especial para este derecho “... al punto de situar al mismo en un primer rango respecto de otros derechos...”.²⁰

Un nuevo desarrollo, en lo que a la libre expresión refiere, se dio particularmente con los célebres precedentes de *Ekmejdjian c/ Neustadt* y, especialmente en *Ekmejdjian c/ Sofovich*, en los cuales se establecieron los alcances del *derecho a réplica* para una persona ofendida públicamente en televisión.

Si bien inicialmente se había estipulado que:

“... el derecho de respuesta no tiene carácter operativo, como lo resolviera esta Corte en el caso E.60.XXII ‘Ekmejdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo’, el 1 de diciembre de 1988. [...] esta Corte no ignora los argumentos –algunos, muy atendibles– en sustento de la programaticidad de la norma que

18. Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 43, primer y tercer párrafo.

19. Cfr. *Ibid.*, artículo 75, inciso 22.

20. Si se desea profundizar, véase: Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

establece el derecho de réplica. Sin embargo, dicha posición es ya insostenible. Se ha tornado injusta. Efectivamente, si por hipótesis se afirmara que el art. 14 del Pacto es programático y que solo el Congreso Nacional puede reglamentarlo, parece evidente que dicha reglamentación debe ser hecha en un plazo razonable [...] el aludido plazo razonable ha sido largamente excedido, pues desde que el Pacto integra el ordenamiento jurídico han transcurrido más de siete años sin que el Congreso Nacional haya reglamentado el derecho de réplica” [el destacado me pertenece].²¹

Se remarcó allí que:

“... el olvido de los señalados principios en materia de legitimación para rectificar o responder, se traducirá en una inevitable mengua de la libertad de expresión que tutela la Constitución Nacional. En efecto, si se admitiese que cualquiera pueda exigir el acceso gratuito a los medios de comunicación con el único propósito de refutar los hipotéticos agravios inferidos a las figuras a las que adhiere o a las opiniones que sustenta, es razonable prever que innumerables replicadores, más o menos autorizados, se sentirán llamados a dar su versión sobre un sinfín de aspectos del caudal informativo que –en un sentido psicológico, mas no jurídico– los afectarán [...] Un periódico o una emisora no son una plaza pública en donde cualquiera puede levantar su tribuna. Lo decisivo es que los responsables de los medios de difusión son los que determinan el contenido de las informaciones, noticias o programas que publican o emiten. A este principio solo hacen excepción motivos de orden público o institutos como el derecho de rectificación o respuesta, este último con los alcances que se han expuesto supra. [...] tal pretensión importaría un claro menoscabo al derecho de libre expresión. La realidad desmentiría a la utopía: no habría muchas voces, habría silencio” [el destacado me pertenece].²²

21. Cfr. CSJN, *Ekmekdjian c/ Sofovich y otros*, Fallos (315:1492), rta. 07/07/92, véanse especialmente los considerandos 3° y 18°.

22. Cfr. *Ibid.*, ver acápite 25°.

Sin embargo, no toda expresión que pudiese considerarse ofensiva puede configurar una conducta reprochable. Veré un reciente caso de finales de 2020, en esta oportunidad el máximo tribunal analizó una publicación de la revista *Barcelona*, conocida por su marcado humor político, satírico e irónico. Estimó en definitiva que para el caso en cuestión y por las propias características de la publicación, resultando ser un *montaje*, no podía tenerse por configurada la ofensa.

Consideraron en aquel fallo que:

“... no se advierte que las expresiones en este caso configuren claros insultos discriminatorios que, de manera desvinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres. La sucinta argumentación de la actora en este aspecto no rebate –y, más aún, pierde de vista– que la publicación pone de manifiesto un discurso de neto tinte satírico respecto de los comportamientos que motivaron y justificaron el procesamiento, el juzgamiento y la detención de aquellos por quienes la señora Pando ejerció su defensa –apropiación de bebés, privación ilegítima de la libertad, guerra antisubversiva, golpes de Estado, etc.–, como así también busca parodiar la particular conducta que la actora adoptó para ello” [el destacado me pertenece].²³

Sobre el final de este trabajo retomaré esa idea que deja *Ekmekdjian c/ Sofovich*, de que muchos *replicadores* pueden conducir al *silencio*, pensándolo con una óptica contemporánea desde la desinformación que implican los *retweets* de *fake news* sin una mínima corroboración; sin embargo, ahora me adentraré en lo que hace al desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana en esta materia.

Ha sostenido aquel tribunal regional, en una marcada línea jurisprudencial, que:

“105. La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, ‘es una piedra angular en la existencia misma de

23. Cfr. CSJN, *Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios*, Fallos (343:2211), rta. 22/12/20.

una sociedad democrática'. No solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios” [el destacado me pertenece].²⁴

Al abordar lo que hace a su alcance y extensión, la desdobló en *dos facetas* indicando que:

“... derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” [el destacado me pertenece].²⁵

Se expuso así que:

24. Cfr. CtIDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28/01/09.

25. Cfr. CtIDH, *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia del 05/02/01, observar el punto 64°.

“... la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.

Mientras que:

“... la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia” [el destacado me pertenece].²⁶

Hasta aquí, el camino delineado a nivel local como regional van en el mismo sentido, el de garantizar un desarrollo pleno de las ideas (tanto en lo que hace a su emisión como a la demanda de información) y prohibiéndose claramente la *censura previa*.

No obstante ello, resulta fundamental remarcar lo que también han estipulado sobre las *limitaciones* del ejercicio de la *libre expresión* cuando esta fuese *abusiva*, con la finalidad última de mantener esa *pluralidad* de la que ya me hice eco.

En ese sentido han expuesto que:

26. Cfr. *Ibid.*, véanse los considerandos 65° y 66°.

“... la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa” [el destacado me pertenece].²⁷

Se ha reconocido como contraparte que:

“... toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección. [...] La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad” [el destacado me pertenece].²⁸

Como conclusión, se ha trazado que el objetivo (a nivel público) de la *libertad de expresión* radica en que:

“... el Estado no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar

27. Cfr. CtIDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia del 02/05/08, ver acápite 54°.

28. Cfr. *Ibid.*, obsérvense los considerandos 55° y 56°.

condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas” [el destacado me pertenece].²⁹

Aparece ahora sí, un inconveniente muy lógico y propio de la contemporaneidad en la que todos nos encontramos: la *descentralización* o *privatización* de buena parte del debate público que han generado las redes sociales (especialmente aquellas como Twitter). Básicamente, es ahora la empresa la que define la forma y los modos en que deben darse los debates por esos canales, por lo que el Estado se encuentra relegado a un segundo lugar. Lejos quedan esas nociones pasadas de censuradores, porque internet llegó para quedarse y da un abanico de posibilidades enormes al alcance de las manos de cualquier persona que tuviera un dispositivo electrónico.

La inquietud radica entonces en establecer qué *políticas públicas* se adoptarán ante la irrupción de esta tecnología, tanto en su faz positiva –sobre el hecho de si los propios funcionarios pueden o deben comunicarse con las redes sociales– como en la óptica negativa –respecto de si se pueden o deben establecer mecanismos de control previo o judicializaciones en forma posterior para aquellas conductas abusivas que podrían considerarse delictivas, e incluso determinar si puede o debe hacerse prevención de delitos por medio de las redes sociales.

IV. ¿Libertad o libertinaje de expresión? Del modo en que deben analizarse las extralimitaciones en la virtualidad y su ¿control o judicialización?

El dilema que he dejado planteado al final del apartado anterior se encuentra en plena vigencia, por ejemplo: con los constantes ataques al prestigio de la Magistratura.

Básicamente desde unos años se ha instalado una sensación latente de que la sociedad se encuentra descreída del sistema judicial en forma generalizada. Nótese, en esa orientación, que el ex presidente de la Nación, Dr. Alberto Fernández, dijo al respecto sobre el máximo tribunal que “La Corte está mal y lo que era un tribunal prestigioso en los años de Néstor hoy es un

29. Cfr. *Ibid.*, ver acápite 57°.

tribunal muy poco calificado socialmente”. En un mismo sentido se expresó quien fuera presidente del Consejo de la Magistratura, Dr. Alberto Lugones, oportunidad en la que puntualizó que “Hoy en día el Poder Judicial claramente no está bien considerado. Hay un porcentaje muy alto que piensa que se trabaja mal y que no se brindan respuestas en el tiempo oportuno, y eso es algo que no se puede negar”.³⁰

Tales afirmaciones resultan en principio ser *críticas constructivas*, o al menos *moderadas*. Sin embargo, existe otro nivel de *sátiras descontroladas* o directamente *violencia mediática* contra la judicatura, especialmente desde redes sociales como Twitter –con varios usuarios valiéndose de identidades ficticias–, y muchas de esas conductas terminan judicializadas por la propia prevención policial en lo que se denomina *ciberpatrullaje*. Así lo hemos analizado al menos, en un reciente trabajo conjunto en el cual indicamos que por internet existen:

“... conductas reprochables (grooming, phishing, cracking, hacking, denial of service attack –DDoS–, accesos ilegítimos Backdoors, o simplemente la propagación de otros virus informáticos –Recyclers, Troyans, Keyloggers, Worms, Spywares, Exploits, entre otros) tenemos que tener en consideración que hay un sinnúmero de herramientas que son novedosas, e incluso algunas que desconocemos y día a día llegan a nuestros oídos. En razón de ello, se reconocen como principios generales para este tipo de hechos, que en materia probatoria exista libertad, amplitud y flexibilidad en su producción [...] En la actualidad, ya no solamente se inician investigaciones informáticas por denuncia, sino que también se han instaurado protocolos de ciberpatrullaje, es decir, que las fuerzas de seguridad patrullan las redes sociales de un modo equivalente al desempeño en la vía pública”.³¹

30. Cfr. *Página/12*, “Alberto Fernández y el desprestigio de la justicia: tres juristas compartieron su opinión”, 08/02/21, <https://www.pagina12.com.ar/322410-alberto-fernandez-y-el-desprestigio-de-la-justicia-tres-juri>

31. Cfr. Francisco Guido Santillán - Agustín Sarquis, *op. cit.*, capítulo “I. Generalidades de los ciberdelitos y del ciberpatrullaje”, pp. 1-2.

Más allá de si la conducta es manifiesta, en mayor o menor grado, resulta importante entender que algunas de estas expresiones –incluso aquellas bien intencionadas– pueden contribuir a un *debilitamiento de la independencia de los magistrados* que pudieran encontrarse involucrados; es que el ataque adquiere siempre un nivel *simbólico* difícil de ver y que, evidentemente, puede comprometer la integridad psíquica de estos al momento de tener que expedirse sobre un tema jurídico puntual.

Planteo el título de este apartado como un dilema entre la *libertad* y el *libertinaje* (de expresión). Es que, si retomo el último de los conceptos, pensaría rápidamente en el medioevo, en una desvergüenza con cierto sentido sexual, asociada al *hedonismo*. Hoy sin embargo la pluralidad (como ya he señalado al inicio) en este caso sexual, lleva la discusión del libertinaje a otro nivel, al de “yo hago lo que quiero y no me importa nada”. A primera vista pareciera que no está mal “hacer lo que uno quiere”; el problema se da cuando “no te importa nada”, es que básicamente el Estado de derecho por incentivos o sanciones nos va encasillando en roles sociales en los que evidentemente “no podés hacer lo que querés”, y si lo hacés, deberías estar dispuesto a afrontar las consecuencias. Con las expresiones pasa algo parecido, no se puede discriminar a todo un grupo de personas porque querés, eso de algún modo tiene que ser restringido, hay que buscar la forma.

¿Es entonces la solución generar un sistema de control previo sobre las publicaciones?

Evidentemente no porque resultaría violatorio de toda la materia reseñada, y menos si fuera solo por las críticas que pudiera recibir exclusivamente la Magistratura. Sin embargo, a otro nivel superior de controversias estimo que sí es adecuado dejar al menos abierta la posibilidad de una *judicialización posterior*.³² Me refiero a las expresiones más extremas o nefastas

32. Principalmente, creo que la judicialización de las conductas que se abusan de la libertad de expresión merecen ser analizadas primero desde la óptica reparadora e indemnizadora del Derecho Civil. Es preferible que, por su *ultima ratio*, el Derecho Penal solo se reserve para los casos extremadamente graves, mas continúe manteniendo la posibilidad de una punición. Es que, pese a estar cuestionada desde algunos sectores de la Parte Especial la conveniencia de continuar sancionando las *injurias* como las *calumnias*, hay cuestiones simbólicas que hacen necesaria su subsistencia –a veces basta con el mensaje indirecto o la disuasión que genera el solo hecho de que esos tipos penales estén allí, aun- que en la práctica se hubiese disminuido su utilización.

para un sistema político, como pueden ser: las que se vinculan y atañen a los delitos penales internacionales, las que son marcadamente discriminatorias o las que pueden resultar en revictimizaciones. Las conductas *abusivas de la libertad de expresión* en este campo pueden desdoblarse en dos formas básicas que he observado en la realidad, a saber:

- *Manifestas* (o directas). Lo que persigue el emisor es lisa y llanamente expresar una opinión ofensiva sin medir sus formas. Son casos en los que no hay mucho por analizar, la conducta es, a las claras, por sí misma reprochable. Por ejemplo: negar casos de criminalidad de masas,³³ injuriar y revictimizar públicamente,³⁴ llamar a una insurrección violenta,³⁵ entre otros.

En este sentido, es impresionante el análisis del célebre sociólogo y criminólogo noruego: “... la destrucción de ciertos conflictos [...] La despersonalización y la movilidad en el interior de la sociedad industrial desvanecen algunas condiciones para la subsistencia de ciertos conflictos [...] Me refiero particularmente a los delitos contra el honor de las demás personas, la calumnia o la difamación. Los países escandinavos han tenido una disminución dramática de este tipo de delitos. Mi interpretación es que esto no se debe a que el honor sea más respetado, sino a que *hay menos honor para respetar*. Las diversas formas de segmentación implican que *los seres humanos están interrelacionados de modos en los que simplemente significan menos para los demás*. Cuando son lastimados, solo son parcialmente lastimados. Y si están en problemas, se pueden alejar fácilmente. Después de todo, *¿a quién le importa?, nadie los conoce*. De acuerdo con mi evaluación, la disminución de los delitos de infamia y calumnia es uno de los más interesantes y lamentables síntomas de desarrollos riesgosos dentro de las actuales sociedades industrializadas. *Esta disminución está relacionada claramente con condiciones sociales que conducen al aumento de otros tipos de delitos* que han llamado la atención de las autoridades. Es un objetivo importante de la prevención del delito recrear las condiciones sociales que permitan un aumento del número de delitos contra el honor” –el destacado me pertenece–. Cfr. Nils Christie, “Los conflictos como pertenencia” (Conflicts as property), Oxford Academic, *The British Journal of Criminology*, Vol. 17, N^o1, enero 1977, p. 5.

33. Algunos autores han desarrollado una corriente a la que denominan *revisiónismo histórico* respecto del genocidio *nazi*, en pos de específicamente negar la existencia del *holocausto*.

34. Cfr. *El País*, “Las redes antisociales”, 14/02/21, <https://elpais.com/eps/2021-02-14/las-redes-antisociales.html>

35. El ex gobernador de California Arnold Schwarzenegger comparó el ataque al Capitolio estadounidense con la tristemente célebre *kristallnacht* de la Alemania *nazi*. Visualícese

- *Solapadas* (o indirectas). A diferencia de la categoría anterior, lo que se busca es disfrazar el mensaje, esto es, ofender, mas midiendo las formas para que se presenten de un modo cauteloso, sin arriesgarse a tanto. Por ejemplo: relativizar la cantidad de víctimas de un genocidio,³⁶ armar un prototipo con un logo *nazi*,³⁷ desfilarse con un *Ford Falcon verde* en una marcha,³⁸ etcétera.

Estas dos categorías, pese a las diferencias en sus modos, coinciden en el afán eminentemente *simbólico* que he mencionado.³⁹

Más allá de las diversas posturas que puedan existir al respecto, es necesario que el Estado en su conjunto fije cuál es el camino o la política pública/criminal que deberá adoptarse para con los exabruptos; precisamente, en un reciente trabajo doctoral se ha expuesto que:

“El análisis de la legitimidad de la criminalización de las expresiones negacionistas no puede escapar a la pregunta medular acerca de qué tipos de conductas debe criminalizar el sistema penal. [...] A lo largo de los distintos momentos históricos, el objeto de lo desvalorado (delito) pudo ser un pensamiento, un hecho o una condición de personalidad o una posición social en la estructura

el siguiente video original (en inglés) para mayor detalle: *CNN*, ‘Hear Arnold Schwarzenegger’s message on Capitol riots’, <https://edition.cnn.com/videos/politics/2021/01/10/exp-arnold-schwarzenegger-capitol-insurrection-kristallnacht-orig-kj.cnn>

36. Cfr. *La Nación*, “Hablan de 30.000 desaparecidos y saben que es falso”, 20/09/13, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/hablan-de-30000-desaparecidos-y-saben-que-es-falso-nid1621505/>

37. Cfr. *Clarín*, “Una alumna de la UBA presentó un prototipo de ‘aspiradora nazi’ y fue expulsada de la cátedra”, 06/11/20, https://www.clarin.com/sociedad/alumna-uba-presento-prototipo-aspiradora-nazi-expulsada-catedra_o_kOBSPfmY3.html

38. Cfr. *Página/12*, “Un Falcon verde desfiló en la marcha de los antiderechos”, 29/11/20, <https://www.pagina12.com.ar/308885-un-falcon-verde-desfilo-en-la-marcha-de-los-antiderechos>

39. Recomiendo sobre este punto ahondar en la bibliografía del sociólogo y doctor en Ciencias Sociales Daniel Feierstein, quien ha analizado los distintos momentos que hacen a la creación y perfeccionamiento de un genocidio, haciendo hincapié en la finalidad *simbólica* por la cual se impone la cultura o valores del grupo opresor en desmedro del grupo oprimido.

de clases sociales, según lo definieran los intereses hegemónicos de cada época sin raigambre ontológica alguna que el derecho pudiera asumir. La definición de lo que se entiende como delito depende de los motivos de política criminal propios del momento histórico en que se ponga en tela de juicio la criminalización primaria” [el destacado me pertenece].⁴⁰

Es por estas razones que hay que definir seriamente el alcance del derecho penal (mas también del civil o administrativo) en lo que hace a las expresiones abusivas, una posibilidad para ello podría ser valerse del derecho comparado, así como he desarrollado el tema la *libertad de expresión* con gran énfasis sobre el progreso estadounidense (un país rico en la temática) es que del mismo modo debería observarse cuál es el criterio predominante en Europa (por el holocausto en particular) en lo que hace, por ejemplo, a las negaciones de la criminalidad masiva.

Sobre esta cuestión, una conocida profesora de la Universidad de Bolo-
nia ha relatado precisamente que:

“Frente al fenómeno negacionista, la mayoría de los países europeos ha decidido responder con el instrumento penal, mediante la incorporación en sus ordenamientos jurídicos de un delito de negacionismo de carácter autónomo. En su origen, el tipo penal de negacionismo, no obstante algunas diferencias, se limitaba a reprimir la negación, la justificación y la minimización de la Shoah (delito de negacionismo ‘original’ o restringido). En cambio, en la legislación europea actual la figura criminal presenta una fisonomía diferente: no solo son punibles las expresiones referidas a los crímenes cometidos por el régimen nacionalsocialista, sino también las relativas a otros crímenes internacionales (delito de negacionismo ‘derivado’ o en sentido amplio)”.⁴¹

40. Cfr. Valeria Thus, *Negacionismo y Derecho penal. El rol del Derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*, Buenos Aires, Didot, 2020, p. 215.

41. Cfr. Emanuela Fronza, *El delito de negacionismo en Europa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 33.

Precisamente sobre este último punto, la diputada Nilda Garré impulsó hace pocos años un proyecto de ley en el que se intentaba implementar la punición de *negacionismos* en la Argentina, que estipulaba así en su “Artículo 1º Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años y con multa de 10.000 a 200.000 pesos quien públicamente negara, minimizara, justificara y/o aprobara cualquier forma de genocidio o crímenes contra la humanidad. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público la pena será de 1 año a 4 años de prisión e inhabilitación especial por el doble del tiempo que el de la condena”.⁴²

Al ahondar en los principales fundamentos que dieron sustento a dicho proyecto legislativo, se destacó en aquella oportunidad que existía:

“La necesidad de incluir un tipo penal específico para estas manifestaciones surge ya que la apología a los delitos de genocidio o a crímenes contra la humanidad, reviste un carácter más gravoso que la conducta descripta en el artículo 213 del Código Penal. Ello, toda vez que, en el caso de nuestra historia reciente, nos encontramos ante delitos que además de atentar contra gobiernos democráticos, instauraron un régimen de terror, persecución, muerte y desaparición de personas [...] Resulta indispensable, entonces, impedir que reinterpretaciones u opiniones contrarias a las definiciones judiciales ganen terreno, y es allí donde la incorporación de un tipo penal específico se presenta como una alternativa acertada [...] pueden ser compatibles con la libertad de expresión cuando se justifiquen en la protección de los derechos de las víctimas, en la mantención del orden público o seguridad nacional, o para prohibir la apología del delito y la violencia. Y son estos los objetivos que dan fundamento al presente proyecto de ley” [el destacado me pertenece].⁴³

Lo interesante en esta argumentación, es analizar hasta qué punto se vuelve necesario que sea el derecho penal el encargado de velar por las

42. Véase: Honorable Cámara de Diputados de la Nación, “Proyecto de Ley para la prevención y condena de la negación del genocidio y crímenes contra la humanidad”, 2016, p. 1.

43. Cfr. *Ibid.*, p. 3.

reinterpretaciones, *notoriamente repulsivas*, pero interpretaciones al fin. No sentaré una postura sobre ello, aunque posiblemente la *paradoja de la tolerancia* que he referido de Popper sea la más ilustrativa para repensar esta cuestión, es decir, que primero deberían combatirse las ideas *repulsivas* en el mismo ámbito del que emanan y aplicar una sanción (¿penal, administrativa o civil?) solo cuando ello no fuera suficiente.

El gran inconveniente es que hay muchas conductas de la vida diaria que se reflejan de acuerdo al modo en que se aborda el tema en las redes sociales y en los medios de comunicación, es decir: hay que ver cuál es la carga o la connotación. Si es *positiva*, *negativa*, o intentando una cierta *neutralidad/objetividad*.⁴⁴

En la actualidad, el eje de la cuestión en estos temas ya no pasa por la efectiva sanción de aquel proyecto legislativo sino que, lo que se encuentra en plena discusión, es la implementación del *Nodio*, un Observatorio de la desinformación y violencia simbólica.⁴⁵ Este organismo desde su creación ha recibido numerosas críticas.

En primer lugar, sectores de la oposición política lo han denostado valiéndose de la célebre obra de Orwell; tal sátira llevó a que su titular, Miriam Lewin, declarara que “Este no es el ministerio de la verdad, no es tampoco en absoluto la Gestapo de la información, lo que me resulta particularmente doloroso porque buena parte de mi familia fue asesinada en el Holocausto”.⁴⁶

44. Desde siempre he cuestionado el concepto de *objetividad* (o de la *apolítica*), que debería ser la forma de pensar de los *objetos* si es que estos pensarán. El humano, *sujeto* de derecho, siempre trae en su mochila una pesada carga *subjetiva* (o un tinte político implícito); basta con hacer alguna pregunta de esas que asocian polémicas, por ejemplo: ¿aborto sí o no? ¿pena de muerte sí o no?

En realidad, cuando se habla de “ser objetivo” lo que debería decirse es que se busca “tratar de ser influenciado por la propia subjetividad lo menos posible” en aquellas cuestiones que, por su tinte social, admiten un debate.

45. Cfr. Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, “NODIO, el Observatorio de la desinformación y violencia simbólica”, 09/10/20, <https://defensadelpublico.gob.ar/llego-nodio-el-observatorio-de-la-desinformacion-y-la-violencia-simbolica/>

46. Cfr. *Infobae*, “Miriam Lewin sobre el observatorio NODIO: ‘Esto no será el ministerio de la verdad’”, 13/10/20, <https://www.infobae.com/politica/2020/10/13/miriam-lewin-sobre-el-observatorio-nodio-esto-no-sera-el-ministerio-de-la-verdad/>

En segundo término, una crítica ciertamente más moderada, ha referido que:

“... podrían vulnerarse normas y principios constitucionales’. Además, destacaron que en el país ‘no es función del Estado ejercer una vigilancia sobre la información que difunden las personas humanas o jurídicas y las ideas que expongan en ejercicio de la libertad de expresión, salvo cuando constituyan un delito o causen agravio jurídico’.⁴⁷

Estimo que no puedo adherir aún a aquellas críticas, sin perjuicio de que me encuentro expectante tanto ante las formas en las que se recabará la información como al uso posterior que se le dará. Recientemente se ha difundido un comunicado explicando que el organismo:

“... va a tener tres o cuatro personas, que se van a encargar del seguimiento. Y vamos a desarrollar un software que permita la trazabilidad’ de las noticias. ‘El resultado de esto va a ser objeto de estudio, un insumo académico, para medios, como para revelar cuál es la dimensión de este fenómeno, que consideramos que es muy grave, porque más allá de lo numérico, ha tenido un impacto en otras sociedades democráticas como la nuestra, promoviendo el paso de la violencia simbólica a la violencia física, en algunos casos...”.⁴⁸

Tomando en consideración las palabras de su titular, a primera vista pareciera útil que se distinga información veraz de *fake news* (casi a un nivel

47. Cfr. *Infobae*, “La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales cuestionó la creación de NODIO: ‘Pueden vulnerarse principios constitucionales’”, 27/10/20, <https://www.infobae.com/politica/2020/10/27/la-academia-nacional-de-derecho-y-ciencias-sociales-cuestiono-la-creacion-de-nodio-pueden-vulnerarse-principios-constitucionales/>

48. Cfr. *Clarín*, “Miriam Lewin intentó aclarar las funciones del Observatorio de la desinformación y la violencia simbólica”, 19/02/21, https://www.clarin.com/politica/miriam-lewin-intento-aclarar-funciones-observatorio-desinformacion-violencia-simbolica_o_vfQb3yV8W.html

estadístico); sin embargo, pienso que la problemática estará dada cuando se tomen medidas por algún dato falso y ofensivo que fuera recabado, por ejemplo, judicializándolo.

Es esencial en este aspecto, y para que un magistrado (cuando le tocara un caso) analice eventualmente el uso de información *falsa*, la influencia que ha tenido la conocida *doctrina de la real malicia* o *true malice* estadounidense. La misma guarda relación con el célebre caso *New York Times v. Sullivan* en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que analizar la posible responsabilidad de aquel periódico por una difamación. El eje de la cuestión fue establecer si la expresión del diario se encuadraba dentro de la primera enmienda constitucional de aquel país –la cual le prohíbe al Congreso la sanción de una ley que limite la libertad de expresión y de prensa, en lo que aquí interesa.⁴⁹

Se ha definido allí que:

“...En el terreno de la fe religiosa y en el de la ideología política, hay diferencias profundas. En ambos casos, los principios de un hombre pueden parecerle el error más grave a su vecino. Para persuadir a otros acerca de su propio punto de vista, el autor, como sabemos, a veces recurre a la exageración, a la denigración de hombres que han sido, o son, personalidades eclesiásticas o políticas, e incluso a la argumentación falsa. Pero el pueblo de esta nación ha ordenado a la luz de la historia que, pese a la probabilidad de excesos y abusos, estas libertades son, a la larga, ‘esenciales para una opinión ilustrada y la conducta correcta por parte de los ciudadanos de una democracia’. Las expresiones erróneas son inevitables en un debate libre y deben protegerse a efectos de que la Libertad de expresión tenga ‘el aire’ que ‘necesita para sobrevivir’...”⁵⁰

49. Véase en inglés: “... *The First Amendment* provides that Congress make no law respecting an establishment of religion or prohibiting its free exercise. It protects freedom of speech, the press, assembly, and the right to petition the Government for a redress of grievances”. Cfr. The White House, “The Constitution”, <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>

50. Traducción libre del inglés: “...‘In the realm of religious faith, and in that of political belief, sharp differences arise. In both fields, the tenets of one man may seem the rankest

Solamente distinguiendo las expresiones *inequívocamente dolosas* de una persona de aquellas *posiblemente erradas* es que corresponde una intervención judicial en las primeras. Desde otra óptica, la clásica del derecho penal que justificase una intervención aún mayor, el célebre jurista italiano ha referido que:

“*Auctoritas, non veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y a la vez el principio constitutivo del positivismo jurídico: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto. Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible solo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido: por *ius* entiende Hobbes la libertad que la ley me deja de hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordenen” [el destacado me pertenece].⁵¹

error to his neighbor. To persuade others to his own point of view, the pleader, as we know, at times resorts to exaggeration, to vilification of men who have been, or are, prominent in church or state, and even to false statement. But the people of this nation have ordained, in the light of history, that, in spite of the probability of excesses and abuses, these liberties are, in the long view, essential to enlightened opinion and right conduct on the part of the citizens of a democracy'. That erroneous statement is inevitable in free debate, and that it must be protected if the freedoms of expression Page 376 U. S. 272 are to have the 'breathing space' that they 'need to survive', NAACP v. Button, 371 U. S. 415, 371 U. S. 433". Cfr. US Supreme Court, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964, acápite II., párrafo 13, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#279>

51. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 36.

Concluiré este acápite reflexionando que la sociedad *plural* en la que actualmente vivimos merece ser defendida a capa y espada en un todo. Esa defensa –que atañe libertades para expresarse, opinar y debatir– debe intentar perfeccionarse siempre por el mismo *canal* donde fue transmitido el *mensaje abusivo*, y eventualmente judicializarse con posterioridad solo en expresiones de notoria repulsión. En este punto, nadie más que el clásico constitucionalista puede ilustrarnos mejor, quien expuso que:

“El ejercicio de la libertad de expresión no cuenta con impunidad una vez que esa expresión se ha exteriorizado. Si antes está exenta de censura, después apareceja todas las responsabilidades civiles y penales, o de cualquier otra índole. Recién en esa instancia posterior podrá llevarse a cabo la reparación de la eventual lesión a derechos ajenos, o compatibilizarse o preferirse esos otros derechos en relación con la libertad de expresión que les ha inferido daño, etc. Allí y entonces jugará –acaso– la prelación axiológica de otros bienes o valores perjudicados por la libertad de expresión”.⁵²

Lo paradójico es que en el tiempo en el que vivimos ya las propias redes sociales han tomado cartas en el asunto, tildando de *sospechosa* o *no corroborada* la información de algunos mensajes que se han dejado por esas redes, deberá observarse con atención cómo se continuará desarrollando este fenómeno y, mientras tanto, el magistrado será un espectador llamado a intervenir exclusivamente en las ofensas del peor tipo.

V. El lenguaje claro en las sentencias y el uso de redes sociales por magistrados

Me expresaré en este último punto sobre aquellas actitudes y habilidades que deberían tener los funcionarios judiciales para evitar que se los desprestigie. Es moneda corriente de la actualidad el hecho de que ciertos sectores de la sociedad los escrachen cuando estos se expiden con algún

52. Cfr. German J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada - Tomo 2*, Buenos Aires, Ediar, 2006, capítulo XII - “La libertad de expresión”, acápite 18.

lenguaje en particular; la idea es analizar qué puede hacerse y ver, más adelante, cuál rol es mejor adoptar para con las redes sociales.⁵³

En el Poder Judicial de hoy, todos los empleados que participan en el armado de una decisión judicial llevan mucho tiempo habituados a una modalidad de trabajo por escrito, y son relativamente pocos los actos procesales que se celebran con plena oralidad (e incluso en aquellos casos en los que así se hace, necesariamente se lo termina plasmando en un acta escrita o abusando de la incorporación por lectura).⁵⁴

Para complejizar aún más la cuestión, en ocasiones durante el trabajo diario, se redactan ideas por medio de premisas abstractas, proposiciones genéricas, latiguillos o simplemente fórmulas que “parecen decir algo sin expresar nada”, lo que resulta en una *argumentación aparente* en un número no menor de sentencias. Como si eso no fuera suficiente, se recurre también al lenguaje más antiguo y en desuso, posiblemente como una forma de resaltar algún conocimiento específico en temas lingüísticos o como un modo de disimular o aislar el trasfondo de una decisión controversial.

He llegado a hacer una autocrítica de mi propio desempeño profesional, durante su etapa inicial, cuando he utilizado algunas palabras con oraciones de un estilo muy similar a lo que se me ocurrió escribir a continuación: “Ahora bien, siendo que al encartado se le enrostran los elementos adunados en la encuesta, a saber [...] Habida cuenta de ello y, toda vez que, por los argumentos esgrimidos corresponde a la luz de las reglas de la sana crítica...”.

Se trata tan solo de un ejemplo por el cual, aun con buenas intenciones, el lenguaje puede desviarse a un camino donde se pierde claridad y se gana oscuridad. Si bien es cierto que en ocasiones podría resultar mejor,

53. Un claro ejemplo del problema que puede acarrear el uso intencionado o desafortunado de una palabra *poco apropiada* es el conocido caso de *desahogo sexual* al que se refirió el fiscal Fernando Rivarola ante el abuso sexual reiterado contra una menor de edad en la provincia de Chubut. Para mayor profundización, consultar: *Infobae*, “Juntaron más de 300 mil firmas para pedir el juicio político del fiscal que habló de ‘desahogo sexual’ en un caso de violación en manada”, 05/06/20, <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/06/05/juntaron-mas-de-300-mil-firmas-para-pedir-el-juicio-politico-del-fiscal-que-hablo-de-desahogo-sexual-en-un-caso-de-violacion-en-manada/>

54. Para ampliar sobre el punto de la incorporación por lectura, véase: CSJN, *Benítez Aníbal Leonel s/ lesiones graves*, Fallos (329:5556), rta. 12/12/06.

por cuestiones de especificidad técnica, usar una palabra en desuso que realmente encastra mejor con el significado de lo que realmente queremos decir, la realidad es que corremos el riesgo de que la sociedad y las partes involucradas (o víctimas) malinterpreten el mensaje.

Una interpretación errónea de la sociedad puede enfrentar aún más a la Magistratura con la ciudadanía, especialmente cuando hoy más que nunca se encuentra marcada una cierta distancia, íntimamente relacionada al descontento popular de quienes piensan que todo se reduce al concepto de la *mano dura*.

Un análisis de esta situación la ha efectuado el citado criminólogo nórdico, al decir que:

“Modernidad equivale a racionalidad. Pero algunos aspectos del delito van más allá de los límites de lo racional. Para la víctima, el caso –si es serio– suele ser una experiencia única y cargada de tensiones [...] Ningún tribunal –a excepción de los de la aldea– es demasiado bueno para enfrentar estas emociones [...] Este distanciamiento de la víctima tal vez sea una de las razones de su descontento y de las veces en que se dice que los delincuentes cometen sus fechorías impunemente. La demanda de penas más severas tal vez sea consecuencia de la falta de atención a la necesidad de la víctima de exteriorizar sus emociones, y no a deseos de venganza”.⁵⁵

Por esta situación relatada, sería conveniente buscar los modos de acercar la Magistratura a la ciudadanía, eligiendo correctamente el lenguaje utilizado por su *claridad* mas evitando los *defectos* que pudiera tener. He sostenido, que el derecho –como toda disciplina– posee conflictos diversos tanto en sus usos como en sus interpretaciones, por lo que la elección de una palabra no es un tema menor; veamos la siguiente tabla en la que resumé esos inconvenientes sintéticamente⁵⁶ en los siguientes:

55. Cfr. Nils Christie, *La industria del control del delito ¿La nueva forma de holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 156-157.

56. Cfr. Francisco Guido Santillán, “Nuevas alternativas en un antiguo problema argentino para los delitos de lesiones. ¿Qué variantes existen a futuro y qué hacer hoy?”, *Ru-*

Problemas lingüísticos	Semánticos: vaguedad (falta de claridad) o ambigüedad (doble significancia)
	Sintácticos (diferencias de sentido al construir oraciones)
	Pragmáticos (defecto en el uso del lenguaje de los propios sujetos)
Inconvenientes lógicos	Contradicción (normas que se oponen)
	Redundancia (más de una misma regulación)
	Laguna del derecho (vacío legal)
Diferencias valorativas	Imposibilidad para unificar los criterios entre dos o más sujetos

En definitiva, se debe intentar mejorar dándosele prioridad al *lenguaje claro* y, en todo caso, si las palabras elegidas dieran lugar a varias interpretaciones, sería bueno hacer uso del citado al pie para especificar aún más el punto al que se quiere llegar.

Sin embargo, no termina aquí el inconveniente con las interpretaciones, aún queda por analizar qué puede hacer un magistrado con las redes sociales. Hoy pareciera que la relevancia de la información ha pasado del Boletín Oficial al Centro de Información Judicial,⁵⁷ del mismo modo que está pasando de los diarios de tirada a las noticias por internet o a Twitter.

En este punto, estimo que la solución más adecuada es que los magistrados pidan colaboración al CIJ para difundir sus sentencias más relevantes en forma de comunicado.

Cambiando un poco el rumbo a otro punto de la discusión, me pregunto: ¿puede un magistrado participar en redes sociales?

La respuesta a ese interrogante sería que sí, aunque teniendo en cuenta algunas particularidades para evitar los problemas que pueden acarrear su uso.

Desde una Comisión regional se ha expuesto que:

binzal Culzoni Online, 2020, Cita: RC D 3070/2020, tabla incorporada en el capítulo II.

57. El CIJ fue creado por nuestro máximo tribunal, como un sitio web oficial que se encarga de difundir la actividad judicial a lo largo del país, posee una marcada línea periodística que intenta dar explicaciones a la sociedad sobre el trasfondo de las decisiones que se vienen tomando. Es una experiencia por demás exitosa en esta materia. Véase: CSJN, Acordada N°17/06, https://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_1706.pdf

“... se adivinan otros problemas como son las restricciones a que debe someterse un juez a la hora de participar en una red social o de crear y mantener un blog que, por lo general, está abierto a un grupo que puede llegar a ser numeroso incluyendo a personas no solo de su círculo íntimo y familiar, sino de su círculo geográfico profesional e incluso universal. Del mismo modo, por la naturaleza propia de estas redes sociales la intervención del juez, escribiendo, aportando fotos, mostrando su aprecio o disgusto, recomendando a personas, queda almacenada y es susceptible de ser procesada automáticamente”.⁵⁸

A aquellas particularidades íntimas se le suman también las de índole político por cuanto:

“...Un juez no puede hacer política en las redes sociales o en los blogs que mantenga o en los que participe. Un juez no puede revelar a través de las redes sociales o de un blog datos de asuntos que tenga o haya tenido conocimiento en el ejercicio de su función jurisdiccional. Un juez no puede comprometer a través de las redes sociales su independencia ni su imparcialidad mediante una relación continuada con los abogados o las partes que litiguen en su tribunal, en particular cuando esté tramitándose el asunto”.⁵⁹

En Estados Unidos nuevamente se encuentran avanzados en lo que hace a la doctrina que versa sobre el vínculo entre las redes sociales y la Justicia. Desde hace ya bastante tiempo, en aquel país –con su sistema de *common law*– existe un cúmulo de prácticas que abarca la información que pudiera recibir o transmitir un *petit jury* conformado para resolver los casos con cierta resonancia de aquel sistema acusatorio. Aunque también es cierto que la situación de los jurados es muy distinta a la situación de los jueces

58. Cfr. Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, “Dictamen sobre los aspectos éticos de la participación de los Jueces en las redes sociales”, Santiago de Chile, 2015, p. 4, <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/04/406/dictamen-sobre-la-participacion-de-los-jueces-en-las-redes-sociales.pdf>

59. Cfr. *Ibid.*, p. 19.

profesionales, por cuanto los primeros están obligados a no utilizar redes sociales.

Retomaré un informe estadístico sobre el tema, de acuerdo a la siguiente tabla,⁶⁰ a saber:

¿Han utilizado los miembros del Jurado las redes sociales durante un juicio o una deliberación en los últimos dos años?	Jurados que eligieron esta opción en 2013		Jurados que eligieron esta opción en 2011	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
Sí	33	6,7	30	5,9
No	461	93,3	478	94,1

De aquellos datos se observa que el número es creciente a medida que pasa el tiempo, en lo que hace al uso de redes sociales por los jurados, pese a la directiva de no hacerlo. En palabras de esa jurista “...Una comparación con los datos de la encuesta de 2011 sugiere la existencia de una mayor conciencia sobre la necesidad de monitorear el uso de las redes sociales por parte de un jurado...”⁶¹

Retomando nuevamente la discusión al nivel de los jueces profesionales, quienes pueden usar con prudencia las redes sociales, también otro autor de aquel país ha señalado algunos de los inconvenientes asociados a ello, principalmente en lo que atañe a las relaciones de amistad que podría tener un magistrado en una red social como Facebook por ejemplo.

Ha manifestado en ese sentido que:

“... tribunales y académicos del derecho han explorado los inconvenientes prácticos y jurisprudenciales asociados con el uso de las redes sociales por jueces. Un problema específico es el relativo a

60. Cfr. Meghan Dunn, “Jurors’ and Attorneys’ Use of Social Media During Voir Dire, Trials, and Deliberations. A Report to the Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management”, Federal Judicial Center, Mayo 2014, p. 4.

61. Traducción libre del inglés: “...A comparison with the data from the 2011 survey suggests an increased awareness of the need to monitor jurors’ use of social media...”. Cfr. *Idem*, p. 7.

las ‘amistades’ judiciales dentro de redes sociales y que ha atraído una considerable atención de los medios. La falta de claridad en relación a esas ‘amistades’ específicas (como las que existen entre jueces y abogados en las redes sociales) y la publicación de comentarios en las páginas de las redes sociales de los abogados ha dado lugar a la emisión de opiniones sobre el comportamiento judicial poco ético y cuestionable. Estas ‘amistades’ se han considerado permitidas en algunos casos; sin embargo, en otras oportunidades, los tribunales y los comités de ética han advertido que esos contactos podrían verse como comunicaciones ex parte (hacia una de las partes) en violación a los cánones de la ética judicial”.⁶²

Finalizaré esta discusión reafirmando el clásico criterio que debe predominar en lo que a la Magistratura refiere: *la prudencia*, es decir, que en temas de redes sociales será conveniente que se restrinja la actividad al mínimo indispensable, evitando los temas controversiales, controlando el ámbito íntimo, y evaluando a los sujetos con los que se hace algún tipo de vinculación digital. En palabras de un magistrado europeo: “Los ciudadanos quieren ver aspectos más profesionales cuando buscan un juez en línea. No están interesados en mi familia, sino en mí como experto en derecho. Es bueno tener un código de conducta, pero al mismo tiempo debemos respetar todas las reglas que ya tenemos *offline*” (juez Cristi Danilet, Tribunal de Apelaciones de Rumania).⁶³

62. Traducción libre del inglés: “...Courts and legal scholars have explored both practical and jurisprudential issues associated with judges’ use of social media. One specific issue regarding judicial social media ‘friendships’ has garnered considerable media attention. The lack of clarity regarding specific ‘friendships’ (such as those between judges and attorneys on social media), and posting of comments on lawyers’ social networking pages has resulted in issuance of opinions regarding questionable unethical judiciary behavior. These ‘friendships’ have been deemed to be allowable in some instances; yet, in some cases, courts and ethics advisory boards have cautioned that these contacts could be viewed as ex parte communications in violation of the canons of judicial ethics”. Cfr. Nicola A. Boothe-Perry, “Friends of Justice: Does Social Media Impact the Public Perception of the Justice System?”, 35 *Pace L. Rev.* 72, Florida A&M University College of Law - Scholarly Commons, 2014, pp. 89-90, <https://commons.law.famu.edu/faculty-research/62/>

63. Traducción libre del inglés: “...Citizens want to see more professional aspects when they look for a judge online. They are not interested in my family, but in me as expert

VI. Conclusión

La sociedad de la información es un hecho y el siglo que estamos transitando nos muestra un avance tecnológico-comunicacional impresionante, aunque estamos en presencia de un fenómeno *inflacionario* de la información, una sobreabundancia que genera situaciones poco felices en algunos aspectos de la vida, incluyendo a la Justicia.

Como he adelantado en el capítulo III, existe un sinnúmero de *replicadores* que en su afán de informar terminan desinformando al no corroborar la información que comparten. Ante este escenario, a la Magistratura no le atañen roles que incumban al periodismo, pero sí mínimamente buscar las formas idóneas para acercar el discurso jurídico al ámbito de la ciudadanía.

Los jueces, fiscales y defensores oficiales deben apoyarse en comunicadores profesionales para encontrar las maneras más efectivas de informar una decisión o medida adoptada –especialmente cuando esta resulta trascendental–, y así, evitar que se genere contenido falso en las redes sociales o al menos ocupar esos espacios vacíos que pudieran dar lugar a malinterpretaciones –intencionales o erróneas–. Será cuestión de utilizar un vocabulario *claro* y de mantener una cierta conducta en redes sociales si participan en ellas.

El acceso a este tipo de información pura no solo es un derecho del ciudadano, sino que resulta un punto clave en la lucha contra el desprestigio y alguna cierta fama oscurantista que se intenta asociar al Poder Judicial argentino.

Existe un último problema, que excede el análisis que he hecho, el futuro que le deparará al uso de la información masiva que amenaza con eliminar toda la privacidad a un nivel casi global, ese fenómeno conocido como *big data*.⁶⁴

on law. It's good to have a code of conduct, but at the same time we should respect all the rules we already have offline. Judge Cristi Danileu, Appeals Court in Romania". Cfr. United Nations Office on Drugs and Crime - Doha Declaration Programme, "Social media, a challenging new platform for judges around the world", 16/11/18, <https://www.unodc.org/dohadecclaration/en/news/2018/11/social-media--a-challenging-new-platform-for-judges-around-the-world.html>

64. Recomiendo con énfasis el siguiente video: Alessandro Acquisti, "La importancia de la privacidad", TED Global 2013, https://www.ted.com/talks/alessandro_acquisti_what_will_a_future_without_secrets_look_like

Será necesario realmente que algún día hagamos una evaluación costo-beneficio sobre: ¿qué es lo que compartimos?; ¿por qué? y ¿quiénes acceden a ello?

Bibliografía

Doctrina

- Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*, Madrid, Sequitur, 2006.
- Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada - Tomo 2*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Boothe-Perry, Nicola A., “Friends of Justice: Does Social Media Impact the Public Perception of the Justice System?”, 35 *Pace L. Rev.* 72, Florida A&M University College of Law - Scholarly Commons, 2014, <https://commons.law.famu.edu/faculty-research/62/>.
- Christie, Nils, “Los conflictos como pertenencia - Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, Oxford Academic, Vol. 17, N°1, enero 1977.
- *La industria del control del delito ¿La nueva forma de holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- Dunn, Meghan, “Jurors’ and Attorneys’ Use of Social Media During Voir Dire, Trials, and Deliberations. A Report to the Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management”, Federal Judicial Center, Mayo 2014.
- Fayt, Carlos Santiago, *La omnipotencia de la prensa: su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*, Buenos Aires, La Ley, 1994.
- Feierstein, Daniel, *Seis estudios sobre genocidio. Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión y exterminio*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

Véase además: *Infobae*, “No es demasiado tarde para recuperar la privacidad: un libro propone usar la tecnología sin alimentar a ‘los buitres de datos’”, 13/01/21, <https://www.infobae.com/america/tecnologia/2021/01/13/no-es-demasiado-tarde-para-recuperar-la-privacidad-un-libro-propone-usar-la-tecnologia-sin-alimentar-a-los-buitres-de-datos/>

- Foucault, Michel, *Genealogía del racismo*, La Plata, Altamira, *College de France* en 1975/6.
- Fronza, Emanuela, *El delito de negacionismo en Europa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.
- Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- Martyniuk, Claudio, *ESMA. Fenomenología de la desaparición*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004.
- Milgram, Stanley, *Obediencia a órdenes criminales*, Buenos Aires, CES, 1969.
- Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Ariel, 2006.
- Popper, Karl Raimund, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Editor digital Tivillus 23.01.15, 1945.
- Santillán, Francisco Guido - Sarquis, Agustín, “Criptomonedas: un desafío inminente del derecho penal”, *Rubinzal Culzoni Online*, 2020, Cita: RC D 3092/2020.
- Santillán, Francisco Guido, “Nuevas alternativas en un antiguo problema argentino para los delitos de lesiones. ¿Qué variantes existen a futuro y qué hacer hoy?”, *Rubinzal Culzoni Online*, 2020, Cita: RC D 3070/2020.
- “Problemas y paradojas de la prisión preventiva excesiva en una Argentina pandémica. ¿Son los sistemas acusatorios, o la implementación del Código Procesal Penal Federal, la solución? ¿Qué hacer durante el COVID-19 con los detenidos?”, *Rubinzal Culzoni Online*, 2020, Cita: RC D 2915/2020.
- “Valorar la insubordinación: Problemas de la obediencia amoral en los crímenes de masas”, en Borinsky, Mariano H. (dir.) y Schurjin Almenar, Daniel (dir.), *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 1era ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, octubre 2020, pp. 1037-1050.
- Thus, Valeria, *Negacionismo y Derecho penal. El rol del Derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*, Buenos Aires, Didot, 2020.

Jurisprudencia nacional e internacional

- CSJN, *Benítez Aníbal Leonel s/ lesiones graves*, Fallos (329:5556), rta. 12/12/06.

- CSJN, *Ekmekdjian c/ Sofovich y otros*, Fallos (315:1492), rta. 07/07/92.
- CSJN, *Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios*, Fallos (343:2211), rta. 22/12/20.
- CSJN, *Siri Ángel S. s/ habeas corpus*, Fallos (239:459), rta. 27/12/57.
- CtIDH, *Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia del 05/02/01.
- CtIDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia del 02/05/08.
- CtIDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28/01/09.
- US Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954, punto [488], <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.
- US Supreme Court, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#279>.

Artículos periodísticos

- Clarín*, “Miriam Lewin intentó aclarar las funciones del Observatorio de la desinformación y la violencia simbólica”, 19/02/21, https://www.clarin.com/politica/miriam-lewin-intento-aclarar-funciones-observatorio-desinformacion-violencia-simbolica_o_vfQb3yV8W.html
- “Una alumna de la UBA presentó un prototipo de ‘aspiradora nazi’ y fue expulsada de la cátedra”, 06/11/20, https://www.clarin.com/sociedad/alumna-uba-presento-prototipo-aspiradora-nazi-expulsada-catedra_o_kOBSPfmY3.html
- CNN*, “Hear Arnold Schwarzenegger’s message on Capitol riots”, <https://edition.cnn.com/videos/politics/2021/01/10/exp-arnold-schwarzenegger-capitol-insurrection-kristallnacht-orig-kj.cnn>
- El País*, “Las redes antisociales”, 14/02/21, <https://elpais.com/eps/2021-02-14/las-redes-antisociales.html>
- Infobae*, “Juntaron más de 300 mil firmas para pedir el juicio político del fiscal que habló de ‘desahogo sexual’ en un caso de violación en manada”, 05/06/20, <https://www.infobae.com/sociedad/politiciales/2020/06/05/juntaron-mas-de-300-mil-firmas-para-pedir-el-juicio-politico-del-fiscal-que-hablo-de-desahogo-sexual-en-un-caso-de-violacion-en-manada/>
- “La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales cuestionó la creación de NODIO: ‘Pueden vulnerarse principios constitucionales’”,

- 27/10/20, <https://www.infobae.com/politica/2020/10/27/la-academia-nacional-de-derecho-y-ciencias-sociales-cuestiono-la-creacion-de-nodio-pueden-vulnerarse-principios-constitucionales/>
- “Miriam Lewin sobre el observatorio NODIO: ‘Esto no será el ministerio de la verdad’”, 13/10/20, <https://www.infobae.com/politica/2020/10/13/miriam-lewin-sobre-el-observatorio-nodio-esto-no-sera-el-ministerio-de-la-verdad/>
 - “No es demasiado tarde para recuperar la privacidad: un libro propone usar la tecnología sin alimentar a ‘los buitres de datos’”, 13/01/21, <https://www.infobae.com/america/tecno/2021/01/13/no-es-demasiado-tarde-para-recuperar-la-privacidad-un-libro-propone-usar-la-tecnologia-sin-alimentar-a-los-buitres-de-datos/>
 - “Twitter señaló como ‘engañosos’ diez mensajes de Donald Trump desde el comienzo de las elecciones”, 06/11/20, <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/11/06/twitter-senalo-como-enganosos-diez-mensajes-de-donald-trump-desde-el-comienzo-de-las-elecciones/>
- La Nación*, “Hablan de 30.000 desaparecidos y saben que es falso”, 20/09/13, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/hablan-de-30000-desaparecidos-y-saben-que-es-falso-nid1621505/>
- Página/12*, “Alberto Fernández y el desprestigio de la justicia: tres juristas compartieron su opinión”, 08/02/21, <https://www.pagina12.com.ar/322410-alberto-fernandez-y-el-desprestigio-de-la-justicia-tres-juri>
- “Un Falcon verde desfiló en la marcha de los antiderechos”, 29/11/20, <https://www.pagina12.com.ar/308885-un-falcon-verde-desfilo-en-la-marcha-de-los-antiderechos>
- Télam*, “El cierre de cuentas de Trump y el poder de las plataformas digitales para zanjar el debate público”, 16/01/21, <https://www.telam.com.ar/notas/202101/541746-el-cierre-de-cuentas-de-trump-y-el-poder-de-las-plataformas-digitales-para-zanjar-el-debate-publico.html>

Dictámenes jurídicos, antecedentes legislativos y otras fuentes

- Acquisti, Alessandro, “La importancia de la privacidad”, TED Global 2013, https://www.ted.com/talks/alessandro_acquisti_what_will_a_future_without_secrets_look_like
- Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, “Dictamen sobre los aspectos éticos de la participación de los Jueces en las redes sociales”, Santiago

de Chile, 2015, <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/04/406/dictamen-sobre-la-participacion-de-los-jueces-en-las-redes-sociales.pdf>

Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, “NO-DIO, el Observatorio de la desinformación y violencia simbólica”, 09/10/20, <https://defensadelpublico.gob.ar/llego-nodio-el-observatorio-de-la-desinformacion-y-la-violencia-simbolica/>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación, “Diarios de Sesiones. Convenciones Nacionales Constituyentes 1853 - 1898 - 1949 - 1957 - 1994”, convenio con el Laboratorio de Procesamiento de Imágenes Documentales de la Universidad Tecnológica Nacional, Facultad Regional Buenos Aires.

Honorable Cámara de Diputados de la Nación, “Proyecto de Ley para la prevención y condena de la negación del genocidio y crímenes contra la humanidad”, 2016.

United Nations Office on Drugs and Crime - Doha Declaration Programme, “Social media, a challenging new platform for judges around the world”, 16/11/18, <https://www.unodc.org/dohadeclaration/en/news/2018/11/social-media--a-challenging-new-platform-for-judges-around-the-world.html>

El rol político del Poder Judicial en la democracia argentina. ¿Custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular?

*Ana Laura Stigliano**

Resumen

Este artículo busca describir el rol del Poder Judicial en la división histórica de poderes de la República Argentina, partiendo desde su origen hasta su posterior transformación en pos del nuevo escenario político que trajo consigo la constitución de una democracia deliberativa en el año 1983. La pregunta disparadora y de análisis será: el Poder Judicial ¿es custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular?

Palabras clave: Poder Judicial, división de poderes, democracia argentina, minorías, voluntad popular.

The Political Role of The Judicial System in the Argentinian Semocracy. Is it Guardian of The Minorities or Legitimizer of the Popular Will?

Abstract

This article is an approximation to describe the role of the Judicial System in the historical separation of powers in the Argentine Republic,

* Abogada argentina; egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Especialista en Administración de Justicia con orientación en género (UBA); actualmente se encuentra elaborando su tesis en el marco de la Maestría en Magistratura (UBA); empleada del Poder Judicial de la Nación en el fuero Criminal y Correccional; anita.stigliano@live.com.

since its origins until the transformation that took place in the new political scenery created by the establishment of a deliberated democracy in the year 1983. The initial question of analysis will be: Is the Judicial System a guardian of the minorities or legitimizer of the popular will?

Keywords: Judicial System, Separation of Powers, Argentinian Democracy, Minorities, Popular Will.

I. Introducción

El rol político del Poder Judicial en la República Argentina no ha sido lineal a lo largo de la historia, pues no resulta casualidad que este sea el único poder del Estado que continuó en funcionamiento durante la totalidad de los gobiernos militares y antidemocráticos sin haber sufrido cambios significativos en su composición. Desde esta perspectiva, intentaremos describir cómo se ha ubicado al Poder Judicial en la división histórica de poderes de nuestro país y cómo ha sido su posterior transformación en pos del nuevo escenario político que trajo consigo la vuelta de la democracia en el año 1983. Es así que la consolidación de una nueva democracia constitucional deliberativa en la Argentina ha colocado a la magistratura en el foco del debate público y la judicialización de las políticas públicas pasó de ser una excepción a ser regla.

Desde el juicio a las juntas hasta nuestros días, el rol protagónico del Poder Judicial se ha mostrado fundamental para delimitar el avasallamiento a los derechos constitucionales en el campo de la democracia. Este nuevo protagonismo de los jueces en el juego político argentino nos llevará a hacernos una pregunta relevante: ¿el Poder Judicial es custodio de las minorías o legitimador de la voluntad popular?

Como veremos, no será sencillo encontrar una respuesta determinante –ni ese es el objetivo principal de este trabajo–. Más bien, reflexionaremos sobre en qué medida los jueces se colocan en el desconocido rol que les es encomendado y si ello responde más a la necesidad de ejercer su función contramayoritaria o –por el contrario– continúa siendo su motivación legítimar las acciones del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo como representantes de la voluntad popular.

Desde este interrogante, advertiremos cómo el nacimiento de la división de poderes en nuestra nación, a través de la implementación de un

sistema combinado entre las tradiciones norteamericana y continental —esta última incluye la codificación del derecho— ha condicionado el funcionamiento del Poder Judicial y lo ha reducido a la aplicación automática de las normas, circunstancia que ha mutado exponencialmente a partir del novedoso juego político propuesto por la institución de la democracia constitucional deliberativa. Será relevante, también, analizar la vinculación que tiene la independencia judicial en el desarrollo de este rol otorgado a la función de la magistratura en la democracia deliberativa y, en particular, en el escenario político y de distribución del poder de la democracia argentina.

Lo que sí puede observarse es que nuestra democracia es joven, apenas lleva 40 años sin ser interrumpida. Teniendo en cuenta tal circunstancia, podría decirse que el Poder Judicial (en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya composición no se ha mantenido estable a través del tiempo) todavía no ha logrado encontrar de forma definitiva un rol identitario e independiente del Poder Ejecutivo dentro de la discusión pública.

II. La división de poderes y el rol histórico del Poder Judicial en la Argentina

Para entender el funcionamiento actual de nuestros tribunales es apropiado adentrarnos en el origen de nuestro sistema de gobierno y el rol otorgado primariamente al Poder Judicial en la división de poderes, que no fue —sin lugar a dudas— ni un papel principal, ni un papel activo.

Con esa finalidad resulta fundamental saber que nuestro sistema político no fue pensado para responder a ideales democráticos de participación y deliberación popular, sino que fue elaborado para organizar un territorio, crear poder y desarrollar una economía capitalista organizada que garantice (de forma efectiva) la construcción de un Estado.¹

Es así que, en la búsqueda de la edificación del país, para los creadores de la patria, fue imperioso contar con un sistema de gobierno que permitiera la concentración del poder. En tal fundamento el sistema argentino tomó para su nacimiento partes de la tradición europea y

1. Böhmer, M., “División de poderes ‘a la argentina’; democracia en las formas, monarquía en el fondo”, en *El país que queremos. Principios, estrategia y agenda para alcanzar una Argentina mejor*, Temas Grupo Editoria, 2006, p. 2.

continental –parlamentarista– y consignas de la tradición norteamericana, presidencial.

Si bien ambas tradiciones tienen como puntapié la soberanía popular es preciso, para reflexionar sobre nuestra división de poderes, diferenciar ambos sistemas de gobierno. En primer lugar, es dable destacar que en el sistema continental se parte de la premisa de la mayoría como única voluntad, pues el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes que integran el Poder Legislativo, el parlamento.²

En ese contexto, el Poder Judicial nace sobre la base de la necesidad de resolver conflictos que surjan únicamente de la mala interpretación de las decisiones legislativas, es decir, las leyes. El rol de los tribunales, entonces, se limita a la aplicación de las normas que son sancionadas única y estrictamente por el criterio de la voluntad popular.

En palabras de Montesquieu, los jueces son la “boca” de la ley, por lo que deben dedicarse meramente a decir la ley, no a deliberar sobre su corrección ni a tomar decisiones respecto de su oportunidad (...) En efecto, no está entre las atribuciones de los jueces razonar sobre la ley, ya que el “cerebro” relevante es el de los representantes del pueblo [...] La tradición formalista del derecho continental considera que las decisiones judiciales han de ser el resultado de un silogismo en el cual la sentencia se debe seguir de una premisa mayor, la ley, y una menor, los hechos.³

Desde este supuesto, surge la creación de los Códigos como herramientas legales autosuficientes. Ello, con el objeto de que sea el Poder Legislativo el que contemple, dentro de las reglas, la totalidad de las situaciones conflictivas posibles. Por tanto, la función de los jueces –en este sistema– se reduce a aplicar de forma automática las soluciones emanadas del propio pueblo a través de sus representantes.⁴

Con lo expuesto podría concluirse que en la tradición europea los juzgados no tienen un papel protagónico; por el contrario, su voluntad es

2. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 3.

3. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 5.

4. Böhmer, M., *Idem* N°2, pp. 5-6.

irrelevante y su única exigencia es saber lo normado por los Códigos y la doctrina alusiva para su interpretación.

Por otra parte, el sistema norteamericano propone como premisa básica la existencia de un límite a la mayoría como una forma de controlar la democracia. En esta idea no alcanza únicamente la elección popular periódica para controlar a un poder, sino que es necesario un sistema de frenos y contrapesos para que las decisiones no se concentren en una sola institución política.⁵

Así, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder judicial comparten el poder político y todos se controlan entre sí con la finalidad de que no se avasallen mutuamente. Para ello, en este sistema es imprescindible la existencia de una Constitución que represente la voluntad popular. El Presidente, elegido por el pueblo y como representante del Poder Ejecutivo, es el jefe de Estado y de Gobierno y el Poder Legislativo es el encargado de la creación de las leyes, también –obviamente– por elección popular.

Lo relevante, a los fines del desarrollo de este trabajo, consiste en que en este sistema el Poder Judicial –el que no es nombrado por voto popular, sino por una elección realizada de forma conjunta por los otros poderes–, “tiene la atribución de controlar constitucionalmente las decisiones de los órganos mayoritarios, es decir, de ignorar las decisiones de los representantes del pueblo si conforme a su particular visión de la Constitución, aquellas la contradicen”.⁶

Finalmente, es importante remarcar que, en la referida tradición, las decisiones del tribunal superior son obligatorias para todo el resto de los magistrados, circunstancia que le otorga al Poder Judicial un papel protagónico que no solo realza a los jueces como actores dentro de la discusión política, sino que también le asigna a la jurisprudencia una relevancia fundamental para el funcionamiento normativo de la república.

Desarrollado esto, es el turno de observar nuestro propio sistema político, el argentino, que –como hemos señalado– no sigue ni totalmente al francés, ni tampoco de forma completa al norteamericano.⁷

5. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 8.

6. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 10.

7. Su origen encuentra fundamento en los textos *Facundo*, de Domingo Faustino Sarmiento (1845), y *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista Alberdi (1852).

La construcción de nuestro Estado requería, para nuestros fundadores, la existencia de una división de poderes al estilo norteamericano, pero también necesitaba que ninguno de los otros poderes limitara el ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo.

Por este motivo es que nuestra Constitución, sancionada en 1853, diseñó un esquema político en el que el Poder Ejecutivo participa de forma activa en la creación de las leyes, no solo por su poder de vetarlas, sancionarlas y promulgarlas, sino también por su potestad para iniciar el tratamiento de un proyecto.⁸

En este panorama el Poder Judicial cumple un rol interpretador de la ley, que no le permite ejercer cambios legislativos, pero sí –siguiendo la tradición norteamericana– se le otorga el poder del control de constitucionalidad. Además, la implementación de una justicia federal la cual deposita una sede de la magistratura en cada una de las provincias.⁹

Continuando esta línea, la Corte Suprema –instituida primariamente con cinco miembros– tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y/o decisiones según su propio entendimiento en las cuestiones consideradas federales.

Sin embargo, este poder no es tan significativo como lo es en el sistema norteamericano puro, pues tomando elementos de la tradición continental, la Constitución no le ha asignado a las sentencias de la Corte Suprema la obligatoriedad para los jueces inferiores, extremo que aumenta la concentración de poder del gobierno nacional.¹⁰

Pero este último elemento no es el único que nuestro sistema ha tomado de la tradición europea para limitar el poder de la magistratura, también se estableció la creación de Códigos Nacionales aplicables en todas las provincias del país. Gracias a ello, para los operadores del derecho fue suficiente estudiar los Códigos de memoria, abandonar la argumentación y minimizar el ejercicio de sus funciones al formalismo continental, con el pequeño detalle de que nuestro sistema contenía elementos del sistema norteamericano que requerían otras intervenciones.¹¹

8. Actual Art. 99 de la Constitución Nacional Argentina.

9. Actuales Arts. 116/119 de la Constitución Nacional Argentina y leyes 27 (creación del sistema judicial federal) y 48 (regulación del control de constitucionalidad).

10. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 18.

11. Böhmer, M., *Idem* N°2, p. 19.

Como consecuencia de lo expuesto podría deducirse que el rol del Poder Judicial no fue pensado para su participación activa en la democracia. Si nos preguntamos cómo es posible que la magistratura haya llegado a mantener su funcionamiento y composición en los gobiernos inconstitucionales de facto podemos encontrar una fácil respuesta en lo desarrollado hasta el momento.

Tal como veremos, en este modelo surgido de la Constitución de 1853, no existe el conflicto entre democracia y Constitución, síntoma natural en una democracia constitucional, lo que se vislumbra en el hecho de que el Poder Judicial ha adoptado por años un papel deferente y secundario, cuyo único fin resultó ser no interferir en los actos de gobierno emanados de la voluntad popular a través de sus representantes.¹²

III. La constitución de la democracia deliberativa en la Argentina: nuevo rol político del Poder Judicial

a) Algunas consideraciones para entender la democracia constitucional deliberativa

Luego de haber expuesto el origen de nuestro sistema de gobierno y previo a adentrarnos en el cambio propuesto por la política argentina a partir de 1983, corresponde hacer algunas consideraciones básicas para definir a la democracia constitucional deliberativa y ubicar el rol del Poder Judicial en ella.

Según Carlos Nino –autor que tomaremos como referencia para describir este modelo de gobierno– la democracia constitucional es un sistema en el que se combinan (como su nombre lo indica) el constitucionalismo y la democracia. Sin lugar a dudas, lejos de ser una unión ideal de valores, esta combinación genera tensiones cuando un componente se fortalece más que el otro o uno se debilita más que el otro. En definitiva, deben equilibrarse

12. Lo dicho se analizará de forma detallada en el punto IV.b donde se realizará un recorrido por una selección de fallos relevantes de la CSJN desde 1983 hasta 2021. Para mayor profundidad puede ser consultado lo expuesto en Böhmer, M., “La corte de los 80 y los 90. Un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Editores del Puerto, 2001.

mutuamente y ponerse frenos entre sí.¹³ Quiérase o no, la democracia constitucional pretende que la Constitución y el poder político encuentren su límite el uno en el otro.

Dentro de este esquema, podemos asumir que el constitucionalismo –como mínimo– consiste en establecer en una carta magna reglas generales que prescriben la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos, poniendo límites al poder popular.

Ahora bien, cuando hablamos de democracia –concepto que puede definirse de diversas maneras– el enfoque estará puesto en la democracia deliberativa, pues si comprendemos la tensión entre esta y la Constitución podremos interpretar mejor la función del Poder Judicial en nuestro panorama político.

Desde este punto de vista, Nino define a la democracia deliberativa como un proceso de constante discusión moral sujeto a un límite de tiempo, donde a la hora de tomar decisiones todos los involucrados forman parte de la discusión, con una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución o abordaje del conflicto a fin de alcanzar una meta imparcial y moralmente aceptable, siempre y cuando la totalidad de los individuos la acepten libremente y sin coerción.¹⁴

Para ello, desde nuestra interpretación, es imperiosamente necesario conocer los intereses de los otros, ya que no puede deliberarse si no existe comunicación alguna con la oposición y los ciudadanos. Por tanto, se torna esencial para la organización y el funcionamiento del Estado fomentar el diálogo y la participación activa de los actores políticos en el debate público –cosa que como hemos visto se opone a los fundamentos que posee la creación de nuestra nación.¹⁵

13. Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 13.

14. Nino, C. S., *Idem* N°14, pp. 166-167.

15. Al hablar de la oposición de los pilares de la democracia deliberativa con los fundamentos que dieron origen a nuestra nación, se busca contrastar las ideas de C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, con los fundamentos que vinculan la república con la monarquía, desarrollados por J. B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852. “Felizmente, la república, tan fecunda en formas, reconoce muchos grados, y se presta a la exigencia de la edad y del espacio. Saber acomodarla a nuestra edad es todo el arte de

La democracia deliberativa puede ser implementada en cualquier forma de representación (democracia directa/indirecta, presidencialista/parlamentaria) pero lo que prevalece siempre es el acercamiento a la discusión y al diálogo de la totalidad de los actores políticos de la sociedad: poderes, organizaciones sociales, organizaciones sin fines de lucro, sindicatos, instituciones educativas, medios de comunicación, etc.

Carlos Nino explica que para alcanzar una verdadera deliberación – que no responda únicamente a un discurso de gobierno dirigido a cooptar el voto popular– el debate público debe ser de calidad; cuanto más pobre es este, más debilitado se encuentra el sistema.¹⁶ Sin embargo, si bien resulta cardinal la intervención de la totalidad de los sujetos políticos en la discusión moral, no puede soslayarse que el debate no puede prescindir –de ninguna manera– de la práctica constitucional. Ella es la que ordena el juego político, la que establece un grupo válido de derechos y la que garantiza una organización legítima del poder.¹⁷

Llegado este punto, es momento de preguntarse: ¿qué rol cumple el Poder Judicial en una democracia constitucional deliberativa? De lo expuesto se desprende que el Poder Judicial aquí no ocupa un lugar secundario o de aplicación automática de las normas (características que han sido adoptadas en nuestro sistema siguiendo la tradición continental), sino que ineludiblemente es ubicado en un papel protagónico.

Los tribunales –en la democracia deliberativa– son considerados uno de los actores políticos más relevantes, quienes no pueden, ni deben, estar alejados del juego político de la división de poderes, ni mucho menos del indispensable debate público. Ello por cuanto la deliberación implica indefectiblemente una negociación y argumentaciones genuinas en la discusión moral y en el debate democrático. No es posible participar sin implicarse.

constituirse entre nosotros. Esa solución tiene un precedente feliz en la República sudamericana, y es el que debemos a la sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder de Presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: ‘Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes’”.

16. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 222.

17. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 195.

Desde esta visión el rol protagónico no se limita únicamente a la participación activa en el ejercicio de la discusión colectiva, se acrecienta en la función protectora de la práctica constitucional que se le asigna al Poder Judicial en los frenos y contrapesos de la división de poderes.

En este punto, Nino establece que “el poder de los tribunales para resolver la constitucionalidad de la normas jurídicas sancionadas por órganos democráticos es una de las características centrales de las democracias constitucionales”.¹⁸

Desde nuestra reflexión, no solo sería fundamental la presencia de los jueces en la revisión de las normas, sino también en la vigilancia de los actos de gobierno, ya que la forma presidencialista de gobierno adoptada por nuestro Estado implica una participación activa del Poder Judicial en el control de constitucionalidad de las decisiones del Poder Ejecutivo.

No resulta un dato menor señalar que para garantizar un efectivo control de los actos de gobierno, históricamente, los poderes judiciales no poseen un origen democrático *per se*, pues aunque los jueces sean nombrados con la intervención de los otros dos poderes –que representan la voluntad popular– no son directamente elegidos por el pueblo.

Esta circunstancia desata en la opinión pública, en algunas ocasiones, un prejuicio sobre el componente aristocrático o elitista de la clase judicial –lo que podría resultar en alguna medida acertado– pero lo cierto es que ese diseño institucional (el de la democracia constitucional desarrollado por Carlos Nino) asegura, en teoría, que las decisiones de los magistrados no estén motivadas en el deseo de cautivar la voluntad popular.

En definitiva, este sistema exige un rol activo del Poder Judicial que no se condice con el papel asignado a la magistratura en la tradición francesa (la que adoptamos en el sistema argentino al codificar el derecho, como ya se ha señalado), esquema donde los tribunales se limitan a aplicar literalmente las normas emanadas del pueblo.

Entonces, la democracia constitucional involucra indispensablemente el deber de los jueces de ejercer un rol “contramayoritario”.¹⁹ Así lo explica Nino al decir que “la idea de una democracia liberal implica una democracia limitada e insiste en que ciertos derechos no sean violados, incluso por la

18. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 258.

19. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 259.

decisiones mayoritarias. Estos derechos pueden ser protegidos por mecanismos tales como el control de constitucionalidad”.²⁰

De lo citado se desprende que, si los derechos existieran por sí solos, sin la presencia de un órgano contramayoritario, no podrían limitar las decisiones de la mayoría, ya que los únicos legitimados para reconocer o poner en vigencia esos derechos serían los representantes elegidos por esa misma mayoría. Es a través de este mecanismo que los jueces adquieren un rol activo en la tarea de mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y la toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo medidas más reflexivas que incluyan en la discusión los intereses de las minorías.

En suma, el lugar del Poder Judicial en la deliberación pública es participar enérgicamente de la relación compleja entre la democracia y la Constitución, lo que puede sintetizarse en dos premisas: contribuir en el reconocimiento de los derechos individuales –especialmente de las minorías– y garantizar de forma efectiva la preservación de la práctica constitucional.²¹

b) La democracia constitucional deliberativa en Argentina y el rol del Poder Judicial a partir de 1983

Considerando el origen de la Constitución argentina sancionada en 1853 –la que como hemos visto se ha nutrido tanto del sistema norteamericano como de las características de la tradición francesa– podemos tomar el año 1983 como punto de partida de nuestra democracia constitucional. No es fortuito que la democracia argentina no se haya consolidado hasta ese momento, pues la historia de nuestra nación se encuentra signada por fraudes electorales, proscripciones a partidos políticos y, nada más, ni nada menos que seis golpes cívico-militares, con existencia de graves violaciones a las garantías y a los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por defecto, entonces, la existencia de una carta magna no es condición para poseer una democracia robustecida.

Desde ese panorama, es importante observar cómo el Poder Judicial ha mantenido su funcionamiento tanto en los gobiernos democráticos como en los gobiernos de facto, ya que su rol histórico dentro del sistema de división

20. Nino, C. S., *Idem* N°14, pp. 269-270.

21. Nino, C. S., *Idem* N°14, p. 293.

de poderes le ha permitido perdurar y continuar ejerciendo sus funciones durante estos períodos.

En este sentido, la codificación del derecho y su aplicación automática ha mantenido –voluntaria o involuntariamente– a los jueces fuera del juego político, aunque ello haya implicado ignorar las grandes atrocidades y violaciones a los derechos humanos cometidas por los gobiernos militares. Pero a partir de 1983, con la vuelta de la democracia, cambió el significado de los papeles en el campo político. El Estado, en parte como respuesta al clamor popular, comenzó la construcción de una nueva democracia constitucional deliberativa. Allí, no resultó posible que el Poder Judicial conservara su rol, pues el funcionamiento estatal, hasta ahora, no ha vuelto a ser el mismo.

Es así que el rol protagónico en el que se ha posicionado el Poder Judicial en la deliberación pública no surgió por arte de magia, sino que está estrechamente relacionado con esta historia política y con la forma que el país encontró para salir adelante luego de las violaciones masivas a los derechos humanos.²² Desde esta premisa, no puede soslayarse que no solo recuperó centralidad la Constitución,²³ también lo hicieron los Tratados Internacionales de Derechos Humanos²⁴ que adquirieron jerarquía constitucional con

22. Böhmer, M., “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Editorial Siglo XXI, 2013, p. 2.

23. A través de la constitucionalización del derecho, la cual “... consiste en la proliferación de la sospecha de inconstitucionalidad de las decisiones de los órganos mayoritarios y la caída de los límites tradicionales a su control judicial. Cuestiones que antes terminaban en las oficinas del Ejecutivo (por ejemplo, en base a la presunción de legitimidad de los actos administrativos) o en decisiones del Legislativo (en base a la deferencia horizontal que les prestaban los jueces) ahora avanzan, texto constitucional en mano, a los estrados judiciales”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

24. Esto se da como consecuencia de la globalización del derecho, “un complejo proceso de creación y aplicación de normas fuera de las fronteras nacionales y por actores que no son el Estado nacional pero que tienen consecuencias nacionales [...] Este fenómeno limita la capacidad regulatoria de las instituciones tradicionales del Estado permitiendo que la deliberación no termine en nuestras fronteras ni que ellas constituyan barreras infranqueables respecto de decisiones que acordamos con otros países. En este sentido la globalización multiplica los espacios de la política y con ellos los de la justicia”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

la reforma de 1994, lo que favoreció la instauración de los tribunales como actores principales del sistema político.

En efecto, luego del acostumbramiento a la aplicación automática de los Códigos procesales y de fondo, el Poder Judicial (jueces, funcionarios y empleados) se encuentra aún intentando descifrar cómo responder ante la judicialización de la políticas públicas²⁵ y la politización de la justicia,²⁶ lo que desemboca en la resolución de complejos conflictos sociales, función contramayoritaria para la cual los jueces no han sido entrenados.

Estos factores se han reflejado no solo en la constitucionalización del derecho, sino también en la fragmentación de él, pues –especialmente luego de 1994– se han creado sistemas legales pseudoautónomos tales como los derechos ambientales, el derecho al consumidor y los derechos de género, entre otros, los que en algunos casos son ampliamente superadores –o contradictorios– respecto de los Códigos normativos preexistentes. Como resultado los Códigos perdieron la consistencia que anteriormente ostentaban.²⁷

En definitiva, la suma de estos elementos ha producido el cambio radical que intentamos descifrar, la descodificación del derecho²⁸ argentino. Los Códigos de fondo dejaron definitivamente de ocupar el pedestal en la pirámide de la práctica del derecho y pasaron a formar parte de un sistema

25. El concepto judicialización de la política se refiere a “la utilización del Poder judicial para obtener o acelerar la implementación de una política pública decidida por los órganos mayoritarios, o para continuar la discusión de decisiones que los órganos mayoritarios habían tenido por finales. En la lógica tradicional de los derechos lo que llamamos judicialización es agregar a la tradicional tarea de los jueces de aplicar la ley (respetar y hacer cumplir las decisiones mayoritarias), la de controlar su constitucionalidad (es decir, decidir si violan derechos o procesos de tal forma de erosionar la legitimidad del sistema) sin arbitrariedad (haciendo honor a las decisiones anteriores en el sentido de decidir casos similares de forma similar brindando seguridad jurídica a la comunidad)”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

26. La politización de la justicia “... consiste en el reconocimiento de que el Poder Judicial toma decisiones (si bien dentro de los límites que acabamos de anotar) y que esas decisiones son inevitables en el sentido de que le es entregado por la democracia constitucional la tarea de interpretar textos complejos y en muchos casos deliberadamente vagos y ambiguos”. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

27. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

28. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 15.

de normas con mayor amplitud. Con contundencia la letra de los Códigos dejó de ser absoluta.

Explicado el contexto, es apropiado describir el rol político de los jueces en esta nueva democracia deliberativa y cómo se pone en juego su vinculación con los otros poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo, los que a diferencia del Poder Judicial, encuentran su génesis en la voluntad popular.

Luego de haber permanecido fuera del debate público y de ejercer un rol modesto, el Poder Judicial descubrió en esta nueva etapa que posee la facultad suficiente para superar la resolución del caso a caso, lo que se traduce en la capacidad de inferir significativamente con sus sentencias en conflictos sociales generales, en la posibilidad concreta de modificar la realidad y en el poder de frenar decisiones tanto de gobierno como legislativas. En esta coyuntura “No resulta exagerado afirmar que el Poder Judicial tiene en sus manos la posibilidad de quebrar al Estado Nacional o de ponerlo en serias dificultades financieras”,²⁹ razón que convierte a los magistrados, sobre todo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dirigentes poderosos y, por sobre todo, políticos.

En ese punto, es importante destacar que si bien en una democracia constitucional deliberativa se espera que los jueces gocen de una total independencia respecto de los otros poderes –que poseen origen en la soberanía popular– ello no significaría que sus decisiones no construyan política; definitivamente podría decirse que ser independiente no es sinónimo de ser apolítico.

Dicho esto, la principal capacidad de vigilancia que tiene el Poder Judicial respecto de los otros poderes es –como ya se ha explicado– el control de constitucionalidad. En ese nuevo panorama político, esta atribución cobra un significado diferente al concepto heredado de la tradición jurídica codificadora, la que implicaba necesariamente homogeneidad y deferencia al poder popular.

En este sentido, aún es una deuda pendiente de nuestro sistema político la condición de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema, pues el principio de *stare decisis* aplicado a nuestra jurisprudencia aumentaría notablemente la seguridad jurídica del control de constitucionalidad y la independencia de los magistrados.³⁰

29. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 11.

30. Böhmer, M., *Idem* N°23, p. 12.

Como veremos luego, surge de esta carencia el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de nuestra nación no haya mantenido uniformidad de criterios desde 1983 hasta el día de la fecha, lo que, también, en gran parte se debe al frecuente cambio de la composición de sus miembros.

c) Un acápite aparte sobre la importancia de la independencia judicial en la democracia deliberativa argentina

Podemos definir, de forma general, la independencia judicial como “la capacidad de los tribunales de aplicar la legislación aprobada por la legislatura sin interferencia de los poderes legislativos o ejecutivos”.³¹

De tal modo, la independencia para decidir que deberían investir todos los jueces es un elemento fundamental en la organización democrática deliberativa. Al respecto se ha señalado con anterioridad la importancia de mantener una discusión pública de calidad y, en este punto, podría entenderse que garantizar la independencia judicial es mantener elevados los estándares de calidad en el debate democrático.

Entendiendo el sitio de importancia que tiene la independencia en una democracia deliberativa, es tiempo de señalar que el sistema de frenos y contrapesos adoptado por la Constitución argentina, más aún con el acogimiento histórico de la democracia deliberativa a partir de 1983, prevé mecanismos propios para garantizar el ejercicio de la función de la magistratura alejado de las interferencias que se pudieran ocasionar.

Solo a modo enunciativo, entre estos mecanismos pueden destacarse la inamovilidad en los salarios de los jueces y la estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta. Por ejemplo, esta última herramienta suele mantener a los jueces durante largos plazos en sus cargos que, por lo general general, exceden la duración del mandato del Presidente lo que –en teoría– garantiza en parte su independencia.³²

Sin embargo, el aspecto que consideramos de relevancia para abordar la efectividad de la independencia judicial en el sistema de frenos y

31. Tridimas, G., *The determinants of independent judicial review*, School of Economics and Politics, University of Ulster, 2005, p. 1.

32. Solá, J. V., “La independencia del poder judicial”, en *Publicaciones www.estudiosola.com*, p. 339.

contrapesos, asumiendo como obvia la importancia del rol político en el que se deberían desenvolver los jueces en el debate público, es la necesidad de un mecanismo que salvaguarde el manejo autárquico del presupuesto del Poder Judicial.

Sabido es que nuestro ordenamiento, a través de la Ley 23.853, establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación prepara el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial y lo remite al Poder Ejecutivo nacional para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la administración nacional que se presenta anualmente ante el Congreso de la Nación (Art. 1).

Además, el Art. 2 de la mencionada ley dispone que el presupuesto del Poder Judicial de la Nación debe ser atendido con cargo al Tesoro Nacional y con recursos específicos propios del citado poder y que los recursos del Tesoro Nacional se conformarán con el equivalente del 3,5% de los recursos tributarios y no tributarios de la Administración Central. De ese porcentaje, 0,57% corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mientras que el 2,93% es administrado por el Consejo de la Magistratura.

En este punto, cabe explicar que el Consejo de la Magistratura es un órgano multisectorial instaurado en la reforma constitucional de 1994³³ y que sus principales funciones son: la selección de los jueces federales y nacionales, el control disciplinario de los magistrados y la administración económica del Poder Judicial de la Nación. El propósito de su diversa composición persigue la idea de equilibrio de poder entre los representantes políticos elegidos a través del voto popular con el de los jueces.

Pero, como hemos venido señalando, el problema de la instauración del Consejo de la Magistratura residiría en lo fundamental en el objetivo de la democracia constitucional que busca que quienes integren el Poder Judicial en la democracia argentina se encuentren diferenciados lo máximo posible de la voluntad popular.

Desde esta perspectiva, no resultaría plausible entender que el único mecanismo sustancial para garantizar el rol contramayoritario del Poder Judicial es el hecho de que la elección de los jueces no surja de la elección del pueblo, pues el sistema democrático debería velar, también, para que la administración de sus fondos sea administrada por un organismo que, en lo posible, no esté vinculado de forma estrecha con el Poder Ejecutivo.

33. Ver Art. 114 de la Constitución nacional.

En consonancia con este razonamiento y generando una gran polémica, en diciembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en voto dividido, declaró la inconstitucionalidad de la composición del Consejo establecida por el Congreso en 2006, colocando al presidente de la Corte al mando del Consejo.³⁴

Esta decisión no resulta sorprendente, pues la CSJN, ya en reiteradas oportunidades y a lo largo de su historia –aun en diferentes momentos y con diferentes composiciones–, ha puesto en evidencia la necesidad de contar con independencia financiera.³⁵

Como muestra de ello, no resulta un dato menor que desde el año 2008 el Máximo Tribunal creó un fondo anticíclico para afrontar crisis económicas, ello con el objeto de garantizar los recursos financieros necesarios para cubrir hechos generados por la reducción de los recursos previstos y situaciones excepcionales o no contempladas durante los ciclos económicos.³⁶

Según la Corte, la creación de ese fondo anticíclico constituyó “una herramienta financiera que permite atenuar los impactos violentos que suelen generar los ciclos económicos y, con ello, asegurar un planeamiento con reducción de riesgos”.³⁷

En definitiva, la autarquía financiera del Poder Judicial es prioritaria para garantizar el rol asignado a la función judicial en el sistema argentino actual, no como beneficio para los propios magistrados sino para garantía de la defensa de los derechos fundamentales de todo el pueblo y, en consecuencia, “la independencia no solo es un derecho del juez, sino una obligación que debe cumplir a conciencia”.³⁸ Desarrollado lo expuesto, es posible

34. CSJN, sentencia definitiva, 16 de diciembre de 2021, “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080 -dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento*”.

35. Solo por mencionar una declaración concreta de la CSJN puede consultarse *Página/12*, 07/09/07, “La autarquía hoy no es real”, y *La Nación*, 07/09/07, “Pedirá la justicia independencia para manejar sus fondos”.

36. <https://www.cij.gov.ar/nota-154-El-Maximo-Tribunal-creo-un-fondo-anticiclico-para-afrontar-crisis-economicas.html>.

37. CSJN, Acordada N°34/08, año 2008.

38. Lösing, N., “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 427.

avanzar con mayor entendimiento sobre lo que creemos que es la motivación política del Poder Judicial argentino para ejercer su nuevo rol en la democracia deliberativa.

IV. Los jueces argentinos: ¿custodios de las minorías o legitimadores de la mayoría?

a) La tensión entre el rol contramayoritario y la deferencia al poder popular

Habiendo descubierto el nuevo rol político que el Poder Judicial argentino adquirió a partir del inicio de la construcción de una democracia deliberativa, en la que los jueces participan activamente en la elaboración del discurso moral moderno³⁹ para la toma de decisiones públicas, deviene apropiado adentrarnos en cómo los tribunales han podido desarrollar ese papel hasta este momento.

Para ello, resulta importante resaltar –una vez más– la tensión existente entre el rol contramayoritario (protección de las minorías) que propone la democracia deliberativa y el rol histórico del Poder Judicial argentino –tomado de la tradición francesa– que lo ha conducido a ser deferente con los poderes populares y, como tal, legitimador de las decisiones de gobierno de los órganos que ejercen la voluntad popular.

En este entendimiento, un poder judicial que participa en el diálogo público tiene que estar dispuesto a defender los tres principios básicos de la democracia: el principio de autonomía personal, el principio de inviolabilidad y el principio de dignidad.⁴⁰ En un mundo ideal, donde todos los ciudadanos tuvieran acceso a la discusión de forma igual y logaran las decisiones en unanimidad, estos principios serían respetados por sí solos. Pero, como la realidad se vislumbra evidentemente diversa, se convierte en indispensable contar con este poder protector de los ciudadanos que, en primer lugar, no participan de la deliberación pública y de aquellos que, a pesar de

39. Böhmer, M., “Igualadores y Traductores: La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en *Enseñanza Clínica del Derecho*, Instituto Autónomo de México, 2007, pp. 2-3.

40. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 4.

haber participado, han quedado excluidos de las decisiones tomadas por la mayoría del pueblo.

Este es el famoso problema de la regla de la mayoría: como no es posible alcanzar la unanimidad, los representantes del pueblo se eligen por mayoría y en ese juego un grupo de individuos quedan fuera de la discusión pública, lo que precisa que tengan una representación en la deliberación, ya que sus intereses se ven ineludiblemente afectados por el resultado.⁴¹

De lo expuesto se desprende que en la democracia deliberativa constitucional es imprescindible la existencia de un control contramayoritario como mecanismo para proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías. Como ya hemos destacado, la Constitución ha sido el elemento que la democracia deliberativa ha instituido para proteger los principios antes mencionados y, en consecuencia, dotó al Poder Judicial con la función de ejercer el control de constitucionalidad sobre el resto de los poderes, ello con la finalidad de armonizar la tensión entre democracia y Constitución.

Sin embargo, todavía resulta válido preguntarse cuál es el límite de esa discrecionalidad judicial. Pues, aún se encuentra latente la posición doctrinaria –defensora de la tradición continental– que continúa afirmando que los jueces deben decidir asuntos constitucionales aplicando solo su letra;⁴² pero, desde nuestra perspectiva, la inclusión de los magistrados en el debate político permitiría que puedan interpretar la Constitución histórica desde la visión de los valores sociales modernos.

En este contexto y con la necesidad del ejercicio de control contramayoritario es que aparece como razonable que el Poder Judicial no sea electo directamente por el voto popular, aunque no resulte agradable para los otros los poderes que un órgano no representante de la voluntad popular les indique cómo gobernar.

Entonces, cobra sentido que la protección de esas minorías sea ejercida a través de un sistema que no dependa de la elección de la mayoría, lo que no implica que el rol judicial no se encuentre íntimamente unido con la función de participar activamente del debate público.

41. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 6.

42. Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 19.

Así, como la búsqueda de la institución de la democracia deliberativa se materializó a través del voto y la representación, indefectiblemente la opresión de las minorías ha de ser un tema previsto por todos los constituyentes del sistema republicano de gobierno.⁴³

Para justificar lo expuesto, John Hart Ely⁴⁴ cita a *The Federalist* 51, documento estadounidense donde se desarrolló la idea de la necesidad de establecer un cuerpo no democrático para cuidar al resto de los valores de la mayoría. Ya que no solo es importante proteger a los individuos de sus propios gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad de los avasallamientos de la otra. Por tanto, la solución que la democracia deliberativa ha encontrado para ello es crear una voluntad en la comunidad que sea independiente de esa mayoría. Esta es la verdadera justificación de las excepciones al respeto irrestricto a la voluntad popular, la necesidad de que un poder político tome decisiones contramayoritarias sin ser castigado y defienda las reglas del juego de la democracia deliberativa.⁴⁵

Las excepciones son la defensa de los principios y la defensa de los procesos; en otras palabras, los jueces deben intervenir e involucrarse cuando los actos de gobierno violen ostensiblemente los principios constitucionales o cuando en la construcción de las normas no se respeten los procesos establecidos por la democracia para producir la legislación justificada deliberativamente.⁴⁶

Si bien los tribunales no pueden gestionar políticas mayoritarias *per se* sí pueden retrasar la aplicación de políticas públicas durante décadas. Allí se genera la tensión entre este rol custodiador de las minorías y la presión política ejercida por los poderes populares que desean que el Poder Judicial legitime sus decisiones de gobierno.

Ahora bien, para que se cumpla con este rol contramayoritario sería imprescindible –como lo hemos señalado en el desarrollo del punto anterior– que la rama judicial goce de independencia, tanto de los otros poderes como de la opinión pública, esta última muchas veces exagerada por los

43. Ely, J. H., *Idem* N°43, p. 19.

44. Ely, J. H., *Idem* N°43, p. 19.

45. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 7.

46. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 7.

medios masivos de comunicación.⁴⁷ Y en un debate público de calidad la independencia no se alcanza –desde nuestra perspectiva– únicamente con la estabilidad en los cargos y con la inamovilidad de los salarios.

Veremos en el punto siguiente qué sucede cuando el órgano máximo del Poder Judicial no alcanza en su totalidad la independencia respecto de los poderes populares, aun gozando de las formalidades que la Constitución otorga para garantizarla. La tensión entre el rol custodio de las minorías y la legitimación de las decisiones de los representantes de la voluntad popular se encuentra vigente en la construcción de la identidad de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b) La construcción de identidad de la Corte Suprema argentina a partir de 1983

Hemos tratado de demostrar que la incipiente historia de nuestra democracia deliberativa le ha exigido un cambio radical en el ejercicio de sus funciones políticas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dos de las funciones destacables de la CSJN pueden ser clasificadas como la facultad de control de los otros poderes –control horizontal– y la potestad de supervisión de la actuación de los tribunales inferiores –control vertical–, nos centraremos en la primera. Desde la vuelta de la democracia hasta el presente el Máximo Tribunal ha puesto en práctica el control horizontal de dos formas, limitando los actos de los otros poderes o siendo deferente a ellos.⁴⁸

La primera Corte de la democracia nombrada en 1983 por el gobierno de Raúl Alfonsín solidificó su legitimación haciendo caer a los gobiernos de facto a través del juicio y el castigo a los principales autores de las violaciones a los derechos humanos ocasionadas durante el golpe militar transcurrido entre 1976 y 1983.

Era necesaria para la construcción de poder político del Poder Judicial la reivindicación de los jueces, los que habían permanecido incólumes

47. Ely, J. H., *Idem* N°43, p. 66.

48. Conceptos tomados de Böhmer, M., “Una Corte para la Constitución argentina”, en *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

mientras sucedían las atrocidades cometidas, sobre todo, por el último gobierno inconstitucional.

Esa autoridad es la que les permitió avanzar y responder a la judicialización de las políticas públicas con causas que antes se ubicaban por fuera de su competencia, intentando así buscar construir una identidad consistente dentro del rol contramayoritario.

Un caso ejemplar de ello fue el fallo “Sejean c/ Sejean” (1986)⁴⁹ donde el Alto Tribunal dispuso que dos personas divorciadas puedan volver a casarse a pesar de que la ley prohibía que ello sucediera luego de la disolución vincular. Sin embargo, este avance notorio sufrió un retroceso con la asunción en la presidencia de Carlos Saúl Menem, quien instituyó una nueva Corte Suprema variando el número y la composición de sus miembros.

Así, el órgano superior durante la década de los '90 permaneció en un rol secundario y totalmente deferente al poder de turno, posicionándose como legitimador de los actos de gobierno del Poder Ejecutivo.

A partir del año 2003, la Corte nombrada por el anterior gobierno fue rearmada y esta intentó construir sobre lo creado por la Corte constituida por Alfonsín, toda vez que regresó al papel protagónico. Justamente, se identificó con el rol limitador de los actos de gobierno de los otros poderes, sobre todo en materia de derechos humanos.

Demostración de lo señalado fueron los fallos “Arancibia Clavel” (2004)⁵⁰ donde la CSJN declaró la imprescriptibilidad de un crimen de lesa humanidad, “Simón” (2005)⁵¹ en el que el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final dictadas por el Congreso durante el gobierno de Raúl Alfonsín, leyes 23.492 y 23.521, y

49. CSJN, Sentencia definitiva, 27 de noviembre de 1986, “*Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Ana María. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393*”. (<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=31067>).

50. CSJN, sentencia definitiva, 24 de agosto de 2004, “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y Asociación ilícita y otros*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11256>).

51. CSJN, sentencia definitiva, 14 de junio de 2005, “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón s/ privación ilegítima de la libertad*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1630183497935>).

“Mazzeo” (2007),⁵² en el que el Máximo Tribunal declaró por mayoría la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 dictado por el Poder Ejecutivo por el cual dispuso los indultos a imputados en causas por delitos de lesa humanidad ocurridos en la última dictadura militar.

Sin embargo, en aras de continuar la elaboración de una identidad propia y desde allí tener la autoridad y legitimidad suficiente para que sus decisiones resulten efectivas en todos los actores de la sociedad, la CSJN de los 2000 le adicionó a la postura explicada un componente dialoguista.

Esta postura reside en la fuerte vinculación que tuvieron los Organismos de Derechos Humanos con la elección de los ministros de ella. No es casual que del documento “Una Corte para la Democracia” haya nacido el decreto 222/03 que cambió la manera de nombrar los integrantes del órgano judicial supremo, además de reducir nuevamente su número.

En este sentido, el presidente Néstor Kirchner contaba con un bajo apoyo popular por haber asumido con el 22,25% de los votos y necesitaba aumentar con criterios objetivos su poder político. Por esa razón es que buscó volver a construir la autoridad debilitada de la Corte Suprema, legitimidad derribada por el rol deferencial asumido por la Corte de Menem. La estrategia entonces fue volver a recuperar el rol contramayoritario de este poder del Estado versus el rol impasible detentado en los años 90.

Es así que, la legitimidad de la Corte de los 2000 ha sido reconocida por su intención, en diversos casos, de abrir un diálogo deliberativo y democrático entre los actores políticos de la sociedad, a diferencia de la imposición de la primacía de la Constitución en la que se refugiaba la Corte formada durante el gobierno de Alfonsín.

El fallo ejemplar de esta característica conciliadora es el caso “Mendoza” (2008),⁵³ oportunidad en que la CSJN convocó a los actores involucrados –incluido al Poder Ejecutivo– a conversar y participar de la resolución

52. CSJN, sentencia definitiva, 13 de julio de 2007, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6305031&cache=1630183635247>).

53. CSJN, sentencia definitiva, 8 de julio de 2008, “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*”. (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=88926>).

que desembocó en la disposición de un proceso de saneamiento del contaminado Río Matanza-Riachuelo.

Aquí nos detendremos en la línea histórica, pues aquella composición de la CSJN todavía continúa vigente y resulta prematuro adelantarse a su análisis. Sin embargo, en la línea de lo expuesto, realizaremos algunas observaciones sobre su construcción de legitimidad.

En este punto, no puede perderse de vista que los dos miembros nuevos en esta composición hayan tenido un nombramiento atolondrado, ya que el primer intento de su inclusión en el Máximo Tribunal se realizó a través de un movimiento inconstitucional ejercido por Mauricio Macri, quien intentó colocarlos como integrantes de la Corte a través de un decreto presidencial.

Si bien eso luego fue desestimado, lo cierto es que esta Corte precisa realizar –a partir de ello– una construcción de legitimidad para generar confianza en su vinculación con los ciudadanos.

En ese sentido, podría señalarse que la actual Corte en el fallo “Muiña” (2017),⁵⁴ donde resolvió sobre la aplicación al beneficio del 2×1 en imputados por delitos de lesa humanidad fue altamente repudiada por el pueblo en una masiva manifestación, pues la opinión pública consideró que eso significaba un retroceso en el control horizontal que el Poder Judicial venía ejerciendo. Por esto, en el fallo “Batalla” (2018)⁵⁵ el Alto Tribunal actual debió dar marcha atrás en la aplicación del criterio dictado con anterioridad.

De todas maneras, ese freno popular no resultó suficiente ya que la internacionalización del derecho –herramienta fundamental en la construcción identitaria del rol político de la CSJN en su composición anterior– fue

54. CSJN, sentencia definitiva, 3 de mayo de 2017, “*Bignone, Benito A. y otro s/ recurso extraordinario*”. (<https://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a-declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-прisi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>).

55. CSJN, sentencia definitiva, 4 de diciembre de 2018, “*Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 –último párrafo– según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo –según ley 14.616–, inf. art. 144 ter 2º párrafo –según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) – texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor*”. (<https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html>).

puesta en duda por la actual integración en “Fontev ecchia” (2017),⁵⁶ donde se estableció la Supremacía Constitucional y la supremacía de las decisiones de ese órgano por sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho esto, lo descripto no luce como un elemento suficiente para arribar a una conclusión que nos permita identificar de forma responsable si se ha continuado construyendo el rol contramayoritario que la democracia deliberativa demanda o si se ha regresado al rol legitimador de las decisiones de los poderes con origen en la voluntad popular, pues el juego político se ha modificado rotundamente con la asunción de Alberto Fernández y la posterior llegada de la pandemia por el virus COVID-19, por lo que dependerán de cómo se escriba la historia actual del Máximo Tribunal las críticas que puedan realizarse sobre su funcionamiento.

Ahora bien, del sintético recorrido histórico realizado se desprende que, contrariamente a lo requerido en el plano ideal de la democracia deliberativa, la Corte Suprema de Justicia no ha gozado casi en ningún momento de una formidable independencia respecto del Poder Ejecutivo, pues el hecho de que su composición se haya ido modificando según el color político que preside y que tanto la cantidad de sus miembros como el sentido de sus criterios hayan variado a través del tiempo señala un problema significativo.

De otra parte, no es menos importante la falta de independencia económica, en tanto –como hemos señalado– no termina siendo el Alto Tribunal el organismo que maneja en un todo el presupuesto del Poder Judicial, pues la administración de los fondos judiciales puede, sin dudas, afectar su capacidad de decisión. Estas dificultades nos permitirían concluir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (como cabeza del Poder Judicial) no ha alcanzado una sólida identidad –si bien en algunos momentos se ha acercado– en el rol contramayoritario que la democracia constitucional deliberativa le ha encomendado.

56. CSJN, sentencia definitiva, 14 de febrero de 2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (<https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>).

V. Conclusiones

Llegado el momento de arribar a una conclusión, entendemos interesante comparar el proceso de la construcción identitaria del rol político del Poder Judicial argentino con la metáfora de la catedral utilizada por Carlos Nino.⁵⁷ En ella, el autor compara el derecho –puntualmente, la elaboración de la práctica social hermenéutica del derecho– con las catedrales medievales, pues ambas cosas son algo que no es construido por una sola persona, ni se edifica a corto plazo con la intervención de una sola generación.

En esta dirección, consideramos que la búsqueda identitaria de la CSJN puede asimilarse a la idea desarrollada en tal metáfora; ella define a los magistrados como arquitectos a los que se les entrega una catedral ya iniciada para que continúen con su construcción y frente a ello los jueces pueden: respetar a los anteriores arquitectos o cambiar radicalmente su proyección.

Aquí es donde surge el centro de la cuestión, pues a lo largo del trabajo se ha resaltado que el Poder Judicial fue construido sobre la base de la tradición continental y ha adquirido de ese sistema un rol legitimador del poder popular, los cimientos de nuestra catedral son esos.

Que luego, la construcción de una democracia deliberativa constitucional que permitiera a la sociedad y al poder político salir de las atrocidades cometidas por los gobiernos militares le exigió de un momento a otro al Poder Judicial reivindicar su rol en el juego de la democracia y construir algo nuevo sobre esos cimientos anticuados.

El problema de ese nuevo proyecto es que la única manera de lograr la elaboración de la legitimidad para que este sea válido y aceptado por los actores políticos de la sociedad resulta ser la coherencia, sobre todo en la seguridad jurídica de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En ese sentido, “... honrar la Constitución significa entonces preservar la práctica social hermenéutica en la que ella consiste a la vez que se la mejora de acuerdo a los valores que cada generación entiende que están plasmados en el acuerdo institucional básico de la sociedad”.⁵⁸

El hecho de que dentro de la práctica judicial esté permitido que un Tribunal invalide sus propios precedentes puede llevar a que la misma

57. Böhmer, M., *Idem* N°40, pp. 9-10.

58. Böhmer, M., *Idem* N°40, p. 10.

produzca todo lo contrario a lo que busca generar: desconfianza e ineficacia. Pues, la ruptura constante de la legitimidad en la nueva edificación del Poder Judicial en el rol contramayoritario encuentra para nosotros su raíz en tres elementos fundamentales.

El primero de ellos, como hemos mencionado, es la falta de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto ello le quita autoridad y fuerza a sus decisiones, no solo respecto de los tribunales inferiores y de los otros poderes, sino también entre generaciones de ese mismo órgano, ya que una composición posterior puede contradecir sin consecuencias políticas y jurídicas el criterio establecido por los anteriores miembros.

El segundo es la rotación en la cantidad de miembros y la composición de integrantes dentro del Máximo Tribunal. La historia nos ha demostrado que –lamentablemente– los jueces de la Corte se han modificado cada vez que ha asumido un nuevo gobierno nacional. No es casualidad que identifiquemos la composición y los criterios de cada una de ellas con el Presidente en ejercicio.

Puede observarse que ninguna Corte permaneció igual al comenzar un nuevo período presidencial y muchos de los máximos mandatarios del país han expuesto propuestas para modificar según la conveniencia su integración, inclusive hasta el día de hoy,⁵⁹ situación que genera un debate aparte de lo desarrollado en este artículo. Indefectiblemente, esta visible rotación ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a cambiar, en algunos casos, el rumbo de la construcción de la catedral según fuera la estrategia de gobierno del Poder Ejecutivo de turno, lo que de forma evidente debilitó –y continúa debilitando– la idea de construir un nuevo proyecto que resulte coherente en la elaboración de su identidad.

El tercero de los elementos, devenido de los otros dos, es la falta de independencia judicial. Resulta imprescindible en la democracia deliberativa la participación en el debate público del Poder Judicial y, como se ha explicado, su intervención de ninguna manera debe traducirse en una

59. Véase al respecto la nota del diario *Perfil* del 1/06/2022 “Alberto Fernández recibe a gobernadores para revelar el proyecto de ampliación de la Corte Suprema a 25 jueces” <https://www.perfil.com/noticias/politica/alberto-fernandez-recibira-el-jueves-a-gobernadores-para-dar-a-conocer-el-proyecto-de-ampliacion-de-la-corte.phtml>.

participación política que responda de forma exclusiva a los intereses de la mayoría.

Por ello, hemos tratado de evidenciar que todavía la CSJN no ha alcanzado la independencia necesaria para desarrollar su rol contramayoritario en la discusión política y entendemos que existen varias causas que pueden justificarlo.

La primera puede resumirse en la juventud de la democracia deliberativa argentina, la que aún no alcanza los 40 años de historia y crecimiento. La segunda resulta ser la concentración del poder en la figura del Presidente, lo que evidentemente es un inconveniente en crecimiento. Sin titubear, este resulta un obstáculo significativo que no permite elevar la calidad de la discusión pública, la que, en muchas ocasiones, se reduce a la contraposición de dos frentes antagónicos. Por último, aún no existe una real autarquía financiera, situación que afecta directamente la independencia del Poder Judicial en la adopción de decisiones contramayoritarias.

De forma concluyente, podría decirse que el Poder Judicial, a raíz de los cambios significativos que ha sufrido en el proceso de elaboración de su identidad, no ha podido solidificar el rol protector de las minorías que se espera que ejerza en la democracia argentina.

Entendemos que mientras los jueces no establezcan como objetivo prioritario la construcción de un camino para la independencia y la modernidad, el Poder Judicial continuará oscilando entre el rol contramayoritario y la dependencia a la mayoría, perdiendo asiduamente la coherencia y, en consecuencia, la confianza otorgada por la sociedad.

En tanto la Justicia se siga desempeñando como custodia de las excepciones irrestrictas a la voluntad popular al mismo tiempo que funcione como legitimadora de las políticas públicas establecidas por los poderes mayoritarios, no podrá elaborar una catedral identitaria digna de celebrar en esta democracia constitucional deliberativa.

Bibliografía

Doctrina:

Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852.

Böhmer, M., “División de poderes ‘a la argentina’; democracia en las formas, monarquía en el fondo”, en *El país que queremos. Principios, estrategia*

- y agenda para alcanzar una Argentina mejor*, Temas Grupo Editoria, 2006.
- “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Editorial Siglo XXI, 2013.
 - “Igualadores y Traductores: La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en *Enseñanza Clínica del Derecho*, Instituto Autónomo de México, 2007.
 - “La corte de los 80 y los 90. Un diálogo sobre el rule of law en Argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Editores del Puerto, 2001.
 - “Una Corte para la Constitución argentina”, en *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, 2011.
- Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Lösing, N., “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en el *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011.
- Martí, J. L., *La República Deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Solá, J. V., “La independencia del poder judicial”, en *Publicaciones www.estudiosola.com*, p. 339.
- Tridimas, G., *The determinants of independent judicial review*, School of Economics and Politics, University of Ulster, 2005.

Jurisprudencia:

- CSJN, sentencia definitiva, 27 de noviembre de 1986, “*Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393*”.
- sentencia definitiva, 24 de agosto de 2004, “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y Asociación ilícita y otros*”.
 - sentencia definitiva, 14 de junio de 2005, “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón s/ privación ilegítima de la libertad*”.

- sentencia definitiva, 13 de julio de 2007, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”.
 - sentencia definitiva, 8 de julio de 2008 “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*”.
 - sentencia definitiva, 3 de mayo de 2017, “*Bignone, Benito A. y otro s/ recurso extraordinario*”.
 - sentencia definitiva, 4 de diciembre de 2018, “*Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 — último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2º párrafo —según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento -alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor*”.
 - sentencia definitiva, 14 de febrero de 2017, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”.
- CSJN, sentencia definitiva, 16 de diciembre de 2021, “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080 -dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento*”.

Notas sobre la labor de la interpretación jurídica

*Laura M. Sicurello**

Resumen

El presente trabajo aborda la compleja tarea de la interpretación jurídica, intentando poner de resalto los elementos en juego a la hora de las decisiones judiciales. Asimismo, se efectúa una referencia a los métodos de interpretación y su relación con creciente protagonismo de los jueces en atención a las demandas de la ciudadanía.

Palabras clave: interpretación en las decisiones judiciales, métodos interpretativos, lenguaje, intención, creación en la interpretación.

Notes on the Work of Legal Interpretation

Abstract

The present work deals with the complex task of legal interpretation, trying to highlight the elements at the time of court decisions. Besides, a reference is made to the interpretation methods and their relationship with the increasing prominence of judges in response to the demands of the citizenship.

* Abogada (UBA); especialista en Administración de Justicia (UBA); sicurello872@gra.derecho.uba.ar. El presente trabajo surge a modo de finalización de la Especialización en Administración de Justicia.

Keywords: Interpretation in Judicial Decisions, Interpretative Methods of the Law, Language, Intention, Creation in Interpretation.

I. Introducción

En palabras de Massini Correas, “es una verdad casi universalmente aceptada que, en el necesario proceso de determinación, aplicación o concreción del derecho, existe un inevitable ‘momento’ interpretativo; al lado de la dimensión que corresponde a teoría del derecho y se refiere al establecimiento de las normas vigentes, de la delimitación, valoración y calificación de las conductas en el caso a resolver, del recurso imprescindible a reglas lógicas y extralógicas del discurso, se encuentra siempre una actividad interpretativa, es decir, de determinación del significado de un texto jurídico-normativo”.¹

El tema de la interpretación jurídica es complejo y ha merecido la atención de grandes juristas a lo largo de los años. En una revisión más o menos amplia del tema son imprescindibles los trabajos de Hans Kelsen, Herbert Hart, Joseph Raz, Ronald Dworkin, así como Alf Ross o Riccardo Guastini, entre otros. Sin embargo, nos abocaremos a señalar aquellos puntos concretos y determinantes esbozados por algunos de los nombrados autores que faciliten la comprensión y nos brinden claridad para lograr entender el tema.

En este orden de ideas, Zuleta Puceiro ha sostenido que la interpretación es un proceso complejo y siempre controversial, dada la complejidad esencial inherente a la materia constitucional, pues señala que la Constitución es un programa de vida colectiva y que “sus normas configuran un conjunto de valores, declaraciones, normas, instituciones, estándares éticos y políticos, instrumentos para equilibrar el ejercicio de los derechos y el funcionamiento del poder. No se trata de interpretar un mero documento: se trata de identificar el sentido profundo del programa de organización de la vida colectiva que estuvo en la intención del legislador, entenderlo dentro de las coordenadas de su tiempo y en sus proyecciones

1. C. Massini Correas, “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *La Ley* 2004-B, p. 1340.

posibles hacia un futuro previsiblemente diferente. La interpretación implementa la Constitución”.²

Primeramente, se delinearé el concepto y acto de “interpretar” en virtud de aquello que diversos autores esgrimieron para definirlo. Posteriormente, nos adentraremos específicamente en algunas visiones de la doctrina, haciendo especial hincapié en las de Alf Ross y Ronald Dworkin, y mencionando sucintamente parte de los trabajos de los autores Kelsen y Hart, ya que escapan a las finalidades del presente.

Con posterioridad y luego de nombrar los tipos de jueces planteados por F. Ost, abordaremos el carácter creativo de la labor de los jueces, no sin dejar de lado el componente de la intención en la interpretación para llegar a sus decisiones, mediante citas de tres fallos traídos a colación al respecto.

En el cuarto apartado, se hablará del creciente protagonismo de los poderes judiciales a la luz de las nuevas demandas y prácticas sociales que buscan soluciones a cuestiones que se dirimen en el día a día. A continuación, nos referiremos a los métodos de interpretación en pos de los problemas del lenguaje que se presentan, para dar paso luego al análisis jurisprudencial que nos permita la utilización de dicha metodología interpretativa y por último finalizar con las conclusiones del presente trabajo.

II - La interpretación jurídica

a) De qué hablamos cuando hablamos de interpretar

Hay autores que se han abocado al campo del objeto de este texto. Así, Guastini es muy claro en la explicación de los sentidos con que los juristas han usado el término que nos ocupa. En primer lugar, se tiene el concepto restringido de interpretación, el cual consiste en la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación.³

2. E. Zuleta Puceiro, “Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio”; La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 25-27.

3. J. Ursúa, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Isonomía, 2004.

Corresponde al aforismo “*In claris non fit interpretatio*”: no se da ni puede ocurrir interpretación cuando un texto es claro y no deja dudas o controversias. En segundo lugar, está el concepto amplio de interpretación; en este caso el término se usa para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Así, la interpretación se convierte en un presupuesto necesario para la aplicación del derecho. Los dos conceptos anteriores parten ya de una idea de interpretación como actividad dianoética, que es distinta de la definición. Aunque ambas consisten en la reformulación de una expresión, esta última busca adscribir un significado con el que se supere la indeterminación semántica *a priori*, mientras que la interpretación tiende a reconstruir el significado *a posteriori*. Hay también casos en que el término interpretación se refiere al producto que resulta de dicho proceso, pero el sentido que presenta un mayor interés es el que considera a la interpretación como una actividad.

En términos generales, Isabel Lifante afirma que hay tres respuestas a la pregunta sobre qué es lo que se interpreta: 1) disposiciones jurídicas, 2) normas jurídicas, o 3) el derecho. Ninguna es una respuesta a plenitud satisfactoria.⁴ La primera dejaría fuera la costumbre, la tercera traslada el problema a la búsqueda de un concepto claro y compartido de lo que es el derecho, y la segunda ha levantado voces que consideran que las normas jurídicas son el producto de la interpretación y no tanto su objeto (para ellos lo que se interpreta son disposiciones o expresiones jurídicas). Esta última posición corresponde a quienes adoptan un concepto amplio de interpretación, e implica que interpretar es decidir el significado de un texto legislativo, no conocer sino producir una norma (por eso resulta un proceso necesario en todos los casos).

A algunos autores, entre los que se encuentra Guastini, les incomoda que se designe con la palabra “norma” tanto el texto interpretado como el resultado de la interpretación. Michel Troper dice que si interpretar es determinar el significado de algo, la norma no puede ser objeto de interpretación.⁵ Para él, la idea de que se puede determinar el significado de un

4. *Ibid.*

5. José Ursúa, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Isonomía, 2004, p. 257.

significado es evidentemente absurda. Weyland y Ruiz Manero ponen de manifiesto que Troper se equivoca en su argumentación porque Kelsen toma la perspectiva de una interpretación auténtica, y su concepción no está ligada al establecimiento del sentido lingüístico de una norma afectada por la indeterminación semántica, sino que dicha interpretación permite el tránsito de una grada superior a una inferior del ordenamiento.⁶ Recordemos que la interpretación auténtica implica la interpretación de todos los órganos de cambio y creación del derecho, es decir, tanto la interpretación realizada por los jueces como la que es llevada a cabo por el legislador.⁷

Lifante, por su parte, afirma que desde la perspectiva de la interpretación no auténtica no hay problema en considerar que el objeto de la interpretación son normas (como entidades portadoras de significado, y no meros textos) y que dicha actividad consiste en mostrar o “percibir” ese significado, es decir, que no es la interpretación la actividad que “da origen” a la norma.⁸

El derecho prescribe conductas mediante normas que atribuyen ciertos efectos a ciertos hechos de forma que aplicar el derecho requiere determinar qué sucesos regulan sus normas (sus supuestos de hecho) e identificar para cada uno la norma precisa relevante que determina el efecto jurídico prescrito (consecuencia jurídica prevista): “[...] esta individualización del derecho correspondiente al caso, por la cual se da encaje a este en una norma, es por antonomasia la calificación jurídica del caso. Calificar jurídicamente algo (una acción, un evento, una situación...) es, ante todo, clasificarlo en el supuesto de hecho de alguna norma jurídica”.⁹

Interpretar hechos en el ámbito jurídico puede implicar calificarlos según el derecho e identificar la norma aplicable cuyo supuesto de hecho los incluye o puede tener que ver con valorarlos teniendo en cuenta el conocimiento extrajurídico (ciencia, experiencia, lógica) y establecer si son similares a otros hechos que son objeto de las normas jurídicas.

6. *Ibid.*, p. 258.

7. Álvaro Núñez Vaquero, “Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho”, Scientific Electronic Library Online, 2004.

8. José Ursúa. *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*. Instituto Tecnológico Autónomo de México, Isonomía, 2004, p. 258.

9. Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *Interpretación y calificación jurídica de hechos*, Univ. Santiago de Compostela, 2019, p. 8.

Si nos atenemos al primer tipo de interpretación de hechos estamos hablando de una evaluación jurídica, y si consideramos el segundo tipo el mismo se refiere más a una evaluación extrajurídica, previa a la calificación jurídica, y orientada a ella. Es decir, en este segundo tipo tiene relevancia entonces una cuestión fáctica vinculada a determinados hechos probados y valorados extrajurídicamente, pero debe decirse que al mismo tiempo existe una cuestión jurídica referida al derecho aplicable, implicándose de esta manera elementos transversales a ambas. Así, hay puntos en conexión evidentes como el derecho procesal sobre la prueba, por lo que las reglas para determinar la *quaestio facti* son parte de la *quaestio iuris* observándose una prevalencia del primer tipo, o puede suceder también cuando el juez elige los hechos en base a su previo conocimiento de las normas y al revés. No habría inconveniente en que el juez conozca los hechos con un enfoque jurídico porque el objeto del proceso es tratar jurídicamente unos determinados hechos.

Como se mencionó más arriba, el proceso por el cual se alcanza el sentido o significación del contenido normativo de un texto jurídico reviste una gran complejidad, ya que se tornan evidentes elementos de carácter lingüístico, lógico, valorativo, cultural, retóricos o políticos, entre otros. Esto implica la tarea de formulación de las premisas que serán la base del “silogismo de aplicación del derecho”.¹⁰ Esto es una tarea que supone el entrelazamiento de perspectivas de una riqueza indudable, de la que se tiene cada vez mayor conciencia. En especial, la complejidad de la interpretación jurídica se incrementa y se potencia a raíz de su carácter práctico u operativo, dirigido a la regulación o dirección de la conducta humana jurídica, caracterizada por una riqueza, variabilidad y multiplicidad extremas.¹¹

b) Visiones doctrinarias sobre la actuación interpretativa

Durante el siglo XX surgieron en la teoría del derecho dos visiones muy distintas sobre el papel asignado a la interpretación jurídica. En 1960 se dijo que la interpretación es “un procedimiento espiritual que acompaña

10. G. Kalinowski, “Le syllogisme d’application du droit”, *APD*, N°IX, París, 1964, p. 273.

11. C. Massini Correas, “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *La Ley*, 2004-B, 1340, p. 2.

al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”;¹² para 1986 la que había subido a una grada superior era la interpretación, se escribió entonces que: “El Derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir lo que el Derecho es interpretando la práctica de otros jueces decidiendo lo que el Derecho es”.¹³

El papel de la ciencia del derecho es limitarse a describir los distintos significados de una norma, no prescribirlos privilegiando a unas interpretaciones sobre otras. Es incapaz de colmar lagunas porque esta es una función creadora de derecho; debe simplemente exponer posibles significaciones y dejar que el órgano jurídico competente tome la decisión de entre esas igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas. Si el científico del derecho hiciera una recomendación, estaría en palabras de este autor, realizando una función de política jurídica pero no de ciencia jurídica.

Esta idea del derecho aplicable como una decisión entre varias alternativas es el punto de partida para que Kelsen afirme que todo acto de aplicación es un acto de creación de derecho.¹⁴ Y en esa labor creativa, la interpretación judicial para Kelsen no puede ocupar otro lugar que el de un acto de voluntad. Pero para Dworkin, a quien nos abocaremos en el siguiente apartado, no puede existir una distinción entre teoría y práctica jurídica; la naturaleza interpretativa abarca ambas porque tanto el derecho como la ciencia del derecho son conceptos interpretativos. No hay neutralidad aquí para el científico del derecho, las conclusiones resultan de involucrarse y adoptar un punto de vista interno dentro del mismo.

Considerando a Hart, a él le preocupa el fenómeno de la textura abierta por la que el lenguaje del derecho se encuentra parcialmente indeterminado. La función de la interpretación jurídica es precisamente la de eliminar esa situación de indeterminación que presentan las normas generales en algunos casos, y por eso resulta vinculado el concepto de interpretación con el de la aplicación de esas normas a los casos individuales difíciles. Para Hart, los “casos difíciles” se presentan debido a la “textura abierta del lenguaje”,

12. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998, p. 349.

13. R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1986, p. 440.

14. J. Ursúa, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Isonomía, 2004, p. 259, disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n20/n20a12.pdf>

es decir, “cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’”.¹⁵

Los “casos difíciles” que ponen de manifiesto la textura abierta del lenguaje normativo cumplen una importante función dentro del ordenamiento jurídico permitiendo la realización de los propósitos del derecho evitando los vicios del formalismo jurídico.¹⁶

Por otra parte, el realismo jurídico norteamericano presenta una nueva forma de ver el derecho distante de todo formalismo jurídico ya que el derecho es realizado por los jueces mismos. Puede decirse que algunos de los puntos centrales de esa escuela son por un lado ver al derecho como aquel en constante movimiento a partir de la creación de los jueces y por otro lado conceptualizar al derecho como un medio para fines sociales, no como un fin en sí mismo.¹⁷

Según Campos Zamora, “el realismo jurídico norteamericano ha permeado el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, al punto que el juez es la figura principal en sus procesos judiciales, y los precedentes, esto es, la conducta de los jueces, llega a ser, no en pocas ocasiones, más importante que la misma ley...”.¹⁸

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente en el apartado II. A. “De qué hablamos cuando hablamos de interpretar”, y para poder analizar el razonamiento de los jueces y tribunales, en la doctrina se suele diferenciar de manera no tan nítida entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*. En el proceso de

15. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 159.

16. J. Benfeld, “Una aproximación a la disertación *De casibus perplexis* de G. W. Leibniz como estrategia de solución al problema contemporáneo de los llamados casos difíciles”, en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, 2015, disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO716-54552015000100015#:~:text=Para%20Hart%2C%20los%20%E2%80%9Ccasos%20dif%C3%ADciles,de%20casos%20ordinarios%2C%20en%20alg%C3%BA

17. O. Ruiz, *Hermenéutica jurídica*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 75.

18. F. Campos Zamora, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* N°122, Costa Rica, 2010, p. 207.

aplicación del derecho los hechos se consideran en el plano fáctico, con su prueba e interpretación, y también se consideran en el plano jurídico, con su calificación. Esto es, la cuestión fáctica sobre los hechos consiste en establecer aquello que ocurrió en un sentido epistémico y normativo (ya que la prueba está condicionada por normas, ello sería lo que más arriba, en el referido apartado, entiende la segunda postura al respecto); y la cuestión jurídica implica determinar las consecuencias prescriptas por el derecho para los mismos.

Especificando en la interpretación constitucional, Sagüés expresa tres calificativos como notas características de la misma, señalando que el tema es “importante, polémico y tramposo”. Según el autor, lo primero es obvio atendiendo a que el valor de cada precepto de la Constitución depende del significado que le den sus intérpretes, siendo un dato de la realidad jurídica. También es polémico ya que “el debate polariza posiciones antes, entre gramaticalistas, historicistas y finalistas, hoy entre originalistas y no interpretativistas [...] Unos interpretan buscando la solución en la norma ya elaborada, y otros interpretan construyendo la respuesta jurídica”.¹⁹ Agrega el autor que a la interpretación “la han hecho tramposa en pro, por ejemplo, de intereses o posiciones políticas sectoriales”, ocasionando un desmedro de la Constitución y enfatizando la idea de que “el derecho constitucional es el ámbito del poder y específicamente del poder político y la norma constitucional es el límite por lo que su interpretación se vuelve clave”.

c) La interpretación en Alf Ross

Para Alf Ross, filósofo del derecho danés y representante del Realismo Jurídico escandinavo, al interpretar el derecho legislado se parte de una expresión lingüística. En tal sentido, el primer problema que encuentra el intérprete es de tipo semántico, toda palabra tiene un significado vago, es decir, un campo de referencia cuyos límites son imprecisos. Sumado a ello, muchas palabras son ambiguas denotando más de un campo de referencia. El análisis del contexto lingüístico en que las palabras aparecen colabora para la determinación de su significado. El otro problema es sintáctico. El significado de una expresión depende, a veces, del orden en que aparecen en ella las

19. N. Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 1-3.

palabras, y de la manera en que están conectadas. De la misma manera que las palabras no tienen una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado.²⁰

El tercer problema es estrictamente lógico teniendo en cuenta la relación de una expresión con otras expresiones del mismo contexto. Vemos de esta manera que los problemas lógicos principales son: a) inconsistencia surgida al imputarse efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas; b) redundancia, cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas está establecido por otra norma, lo que puede sugerir la búsqueda de un sentido distinto allí en donde en realidad no existe; c) presuposición, cuando una norma presupone falsamente condiciones fácticas o jurídicas inexistentes. Hay principios de interpretación (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*, etc.) que tienden a resolver los problemas lógicos, pero tales principios no son axiomáticos sino que son pragmáticos, y pueden substituirse recíprocamente o por otros principios.²¹

Para los autores Jorge Bacqué y Carlos Nino en *El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentino*, los puntos problemáticos expuestos por Alf Ross no pueden ser resueltos mecánicamente y, al tenerlos frente a sí, el juez se encuentra compelido a tomar una decisión que no se halla motivada exclusivamente por el sentimiento de respeto a la ley. Los autores sostienen que “la administración de justicia caracterizada por lo menos en parte como una decisión, permite hablar de distintos estilos –no de métodos– de interpretación. Un estilo subjetivo y otro objetivo. Uno relativamente libre y otro relativamente limitado. El estilo subjetivo tiende a descubrir el significado que intentó expresar el legislador, la idea que lo inspiró y que quiso comunicar. El estilo objetivo tiende a averiguar el sentido habitual de la expresión usada. Qué es lo que se dijo, con independencia de lo que se quiso decir”.²²

Luego agregan que estas investigaciones no pueden arrojar resultados rigurosamente verdaderos, ya que nunca se puede saber con precisión lo

20. A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, cap. IV.

21. *Ibid.*

22. J. Bacqué y C. Nino, “El tema de la interpretación de la ley...”, en *Lecciones y Ensayos*, Número Extraordinario - 60 años de Lecciones y Ensayos, 2016 (obra originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N°36, 1967), pp. 319-326.

que se quiso decir, y, en la mayor parte de los casos es imposible hallar el significado unívoco de la expresión empleada. La diferencia entre estos dos estilos radica en aquellos elementos tenidos en cuenta al interpretar.

“La interpretación subjetiva busca todos los datos que puedan esclarecer el significado, principalmente las circunstancias personales de quien emitió la expresión. La objetiva, en cambio, se limita a utilizar los datos que son discernibles para el destinatario. La interpretación objetiva puede resultar en una abstracción reñida con la intención del autor”.²³

Es aquí en donde entra en juego el grado de libertad que el propio juez se atribuye y cómo el mismo es reconocido. Para Ross, las decisiones del juez se originan en dos componentes de su conciencia, por un lado los motivos que dirigen su actividad hacia un determinado fin y por otro lado los elementos cognoscitivos que también fundamentan la dirección de su acción.²⁴

d) La importancia de los principios en Ronald Dworkin

En 1967 Dworkin publicó *The model of rules*, reimpresso luego con el título *Is law a system of rules?*, para sostener que, por el contrario, el sistema jurídico no se compone solamente de reglas, sino de una variedad de estándares que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Así, la mirada jurídica positivista conferida a las reglas se amplía hacia aquellos estándares propios del Poder Legislativo (directrices políticas) vinculados a objetivos que deben lograrse en virtud de implicar una mejora económica, política o social de la comunidad como también en relación a aquellos estándares con los que operan los jueces y juristas (principios en sentido estricto) cuando deben llegar a determinar los derechos y deberes de los ciudadanos, aquellos que deben tenerse en cuenta “porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad”.²⁵ Esos derechos son de suma importancia al momento de reconocer el derecho que reclama un actor o demandado en una determinada contienda judicial, por ejemplo.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

25. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

Así las cosas, los mencionados principios son, a saber de Dworkin, “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad” y pertenecen al derecho en virtud de tal contenido. En caso de existir una contradicción entre normas, “una de ellas no puede ser válida si la otra con la que se contradice lo es. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas”,²⁶ en cambio en el caso de principios, estos cuentan con la “dimensión de peso o importancia” de manera que aquel que debe resolver el conflicto debe considerar el peso relativo de cada uno y la opción por uno de ellos no implica la invalidación del otro.

En este punto puede decirse que la diferencia marcada por Dworkin entre principios jurídicos y normas es de tipo lógico. Ambos (los principios y las normas) llevan a tomar una determinada decisión ante una obligación jurídica dada, pero difieren en las orientaciones que puedan dar. El principio, según el autor, es algo que debe tenerse en cuenta y podrá servir como orientación en una situación acaecida.²⁷

Así, los principios solamente brindan una razón desde donde discurrir pero no proveen una solución predeterminada claramente. En este punto, según Vigo, los principios dworkinianos no son producto de una creación sino que requieren del jurista una dedicada tarea de descubrimiento,²⁸ los cuales “no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”.²⁹

Para el autor de *Los derechos en serio*, es posible encontrar en todos los casos, aunque sean difíciles, la respuesta jurídica correcta. Esto implica que estemos ante la presencia de un juez que posea una habilidad, erudición y paciencia que comprenda esos principios de los que hablamos antes, asumidos y presentes en la historia institucional y práctica jurídica de la sociedad.

26. *Ibid.*, p. 77.

27. J. Saldaña, *¿Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 1216. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R16913.pdf>

28. R. Vigo, “La interpretación jurídica en Ronald Dworkin”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, octubre/diciembre, IV Serie – LXX - 1993, Giuffrè, p. 47.

29. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 95.

Ese juez es conceptualizado por Dworkin como Hércules, quien no solamente para definir los derechos y deberes de la ciudadanía debe conocer normas, directrices y principios sino que debe lograr una armonización construyendo “un esquema de principios abstractos y concretos que identifican la moralidad presupuesta de las leyes e instituciones, e implica la justificación del ordenamiento vertical y horizontal de las decisiones jurídicas”.³⁰

Para Dworkin, la tarea de un jurista puede compararse con la de un novelista que debe escribir un nuevo capítulo de una larga novela antes empezada por otros que a su vez otros continuarán,³¹ para lo cual debe realizar una interpretación integral de la trama recibida y elaborada y además avizorar lo que pueden escribir sus sucesores. De esta manera, el juez actúa de modo parecido a un novelista, decidiendo el inédito caso mediante un ejercicio constructivo de la totalidad de la práctica jurídica e institucional en términos de justicia y equidad, teniendo como finalidad la mejor interpretación posible del derecho vigente.³²

III. La tarea del Poder Judicial. Actividad creativa. Intención

a) Concepto amplio

Cuando ya nos referimos a la idea de judicialidad, se entiende que debemos considerar un concepto amplio de dicha idea, que implique construir una noción amplia de juez, refiriéndose a este como un tercero, en principio imparcial, que resuelve el caso en cuestión.

Como indica la propuesta integrativista de la teoría trialista del mundo jurídico, el poder del juez se enmarca en limitaciones axiológicas, físico-psíquicas, sociopolíticas y socioeconómicas.³³

30. R. Vigo, “La interpretación jurídica en Ronald Dworkin”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, octubre/diciembre, IV Serie – LXX - 1993, Giuffré, p. 7.

31. R. Dworkin, *Law's empire*, Belknap Press, 1986, p. 7.

32. R. Vigo, “La interpretación jurídica en Ronald Dworkin”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, octubre/diciembre, IV Serie – LXX - 1993, Giuffré, p. 51.

33. M. Ciuro Caldani, “Una nota histórica sobre la tarea judicial”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social*, N°28, Universidad Nacional del Rosario, 2004/2005, p. 34.

Lo dicho anteriormente conlleva entender la tarea judicial como aquella que se ve inmersa en la temporalidad, espacialidad y referencia personal, y con frecuencia ese papel del magistrado va variando al realizar tareas de determinación, elaboración, argumentación, aplicación, interpretación, reconocimiento y síntesis.

Al hablar de la tarea del Poder Judicial se hace hincapié en una labor de gran responsabilidad al asegurar el cumplimiento de la Constitución y garantizar los derechos. El juzgar en un caso determinado puede comprender una gran porción de actividad subjetiva, razón por la cual en este punto se torna relevante la honestidad, así como la imparcialidad o neutralidad del magistrado, imprescindible garantía de actuación al tener que fallar en una cuestión dada.

Asimismo, y en relación a lo escrito en el párrafo precedente, de manera diaria escuchamos hablar o leemos sobre la independencia judicial, señalándose que los jueces deben actuar de manera independiente de las presiones o intereses ya sean económicos, políticos y al mismo tiempo de sus propias ideas en cuanto a la materia de litigio. En este punto, el posible actuar discrecional es pasible de un coto al erigirse el conjunto de derechos humanos en el marco del control constitucional. En este punto resulta pertinente citar una frase que contrapone dos escuelas: “La escuela de la exégesis ha sido el mayor intento de someter al juez respecto del autor de la norma; la escuela del derecho libre es un esfuerzo muy notorio de producir al fin, a través de la referencia al legislador actual, una sujeción inversa. Solo reconociendo las tensiones del funcionamiento se pueden apreciar también la corrección, el heroísmo, y la claudicación del desempeño judicial”.³⁴

Al tratar la actividad judicial, es F. Ost quien hace una clasificación de jueces en Júpiter, Hércules y Hermes, pero en la actualidad es más amplio el abanico de puntos de vista y elementos a tener en cuenta. Ost parte del modelo de la pirámide que está marcado por lo sagrado e ideal como respuesta a las exigencias del Estado de derecho del siglo XIX.

Mientras que el juez “Júpiter” busca el poder y resolver casos, grandes asuntos como si fuera Dios, el juez “Hércules” es visto por Dworkin como un juez moderno. Ello se configura en el modelo del embudo, las actividades del

34. M. Ciuro Caldani, “Una nota histórica sobre la tarea judicial”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 2005, p. 35.

Estado social del siglo XX. Hércules adopta las formas de consejero, orientador, previniendo y controlando la aplicación de penas, es un juez racional que considera seriamente los derechos fundamentales. Por otro lado, el juez “Hermes” se orienta hacia un juez de la posmodernidad, que es mediador y componedor con una injerencia predominantemente en conflictos o cuestiones civiles. Para Ost, la trayectoria que dibuja Hermes posee la forma de una red.³⁵

Juristas romanos de la época clásica como Cicerón pensaban que la labor interpretativa era una tarea modesta practicada por hombres respetables y fue luego tenida en cuenta como una actividad secundaria y circunstancial a la que recurrir en casos especiales. Luego, la doctrina tradicional de la interpretación, que llega a su cúspide en el iuspositivismo del siglo XIX, implica que el sentido de los enunciados normativos es unívoco y que el intérprete puede captarlo y expresarlo sin tener que recurrir a esfuerzos hermenéuticos. A esta doctrina deben remitirse las normas positivas sobre interpretación y sus premisas consisten en el principio de la preconstitución de la norma jurídica con respecto a la interpretación, una distinción entre interpretación aplicativa y científica, restricción del ámbito lícito de la interpretación para casos de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley positiva, atención a la interpretación que comprenda un texto normativo positivo, confianza en la posibilidad de encontrar cánones interpretativos lógico-racionales. Más tarde, ante la llegada de la nueva conciencia hermenéutica que impone tematizar nuestra relación con la verdad, D’Agostino señala que

“la nueva conciencia hermenéutica ha implicado no solo la reformulación de las categorías centrales del iuspositivismo del siglo XIX, sino más bien el fracaso de aquella”.³⁶

Uno de los temas centrales del análisis de la filosofía del derecho se vincula a analizar la objetividad en la interpretación jurídica, a analizar qué papel tiene la razón en ese actuar. Hay algunos pensadores críticos que

35. F. Ost, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, Academia. Año 4, núm. 8, 2007, p. 104.

36. D’Agostino, *Interpretación y hermenéutica*, 1996, disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32045>.

niegan rotundamente la dimensión racional del derecho como la Escuela de la Teoría crítica del Derecho (CLS); hay quienes realizan una reducción a la sola dimensión instrumental, tales como los promotores del Análisis Económico del Derecho (AED), y hay quienes enarbolan la necesidad del componente racional en un Estado de derecho.³⁷

Habiendo arribado a este punto en el presente trabajo, debemos destacar que la actividad del intérprete de normas no puede ser solamente pasiva o bien reconocitiva, sino creativa y normativa, proveyendo de significado a los enunciados legislativos, produciendo normas. Las interpretaciones son provistas por los juristas teóricos y los jueces, pero mientras el primero solo propone interpretaciones, el juez añade a su autoridad personal un poder específico.

Lo dicho anteriormente se vincula a que en cada tiempo y lugar la tarea judicial se manifiesta de modo diferente, habiendo distintas proyecciones éticas, diversas posibilidades de independencia y diversos rasgos culturales, debiendo el juez arribar a un equilibrio superador de la cuestión a resolver. Como actor del derecho el juez arriba a una decisión inmerso en valores que son parte de su cultura. En este sentido, el juez debe ser un operador de la cultura y de los valores que se desprendan de esta.

b) La intención en la interpretación

Mucho se ha dicho sobre la intención en la interpretación. Fue Raz quien habló de esto en su artículo “La intención en la interpretación”. Rechazó la “tesis radical de la intención” según la cual una interpretación en derecho solo es correcta si refleja la intención de su autor y se muestra partidario de una versión más débil del intencionalismo a la que llama la “tesis de la intención de la autoridad” formulada de la siguiente manera: “En la medida en que el Derecho deriva de la legislación deliberada, su interpretación debe reflejar las intenciones de su legislador”.³⁸ En este punto, Raz señala que hay autores que afirmaron que “todas las interpretaciones lo son necesariamente de una intención del autor, o alternativamente que

37. C. Massini Correas, *Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica: consideraciones a partir de las ideas de Owen Fiss*, Biblioteca Digital de la UCA, 2011, p. 94.

38. J. Raz, “La intención en la interpretación”, en *Doxa*, 1997.

las interpretaciones de cualquier original son válidas solo si captan las intenciones de los autores de tal original” mientras que “otros consideran este punto como meramente formal. Algo cuenta como una interpretación solo si es adecuado para presentarla como reveladora de una intención del autor, aunque esto no haya de ser tomado literalmente. Puede referirse a un autor ficticio de un original que no es el producto de ninguna intención del autor, como cuando interpretamos una práctica por referencia a la intención de la gente. Puede también referirse a un autor ficticio cuando interpretamos un original que tiene un autor real. Por ejemplo, podemos proponer una interpretación de una ley como correcta porque representa la intención que un legislador ideal habría tenido si hubiera promulgado tal ley”.³⁹ En este sentido, Raz considera que esta idea es artificial y que “excepto que estén afectadas intenciones reales, hablar de intenciones hipotéticas de gente ficticia raramente es de ninguna importancia real”.⁴⁰ Para Raz, las intenciones que son relevantes para la interpretación deben ser intenciones reales del legislador, y el inconveniente que halla al hablar de intenciones reales está, en su análisis, en que la mayoría de los legisladores pertenecen a instituciones y debe determinarse cómo puede hablarse de intenciones de una institución.⁴¹

Para Raz, la razón para apelar a la intención del autor del objeto a interpretar, es decir, la “tesis radical de la intención”, reside en el hecho de que la justificación (real o supuesta) de confiar los poderes de legislar a algunas instituciones son las leyes que intentan hacer; la tesis tiene un alcance limitado a los actos de creación deliberada de derecho.⁴² La intención relevante para interpretar normas jurídicas legisladas es la intención mínima necesaria para que cualquier acto cuente como acto legislativo.⁴³

A continuación se evidenciará, mediante diversos fallos, la apreciación de los jueces acerca de la preponderante intención del legislador como elemento determinante para arribar a una decisión judicial.

39. J. Raz, “La intención en la interpretación”, en *Doxa*, 1997, p. 206.

40. *Ibid.*

41. I. Lifante Vidal, “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, en *Doxa* 22, 1999, p. 179.

42. I. Lifante Vidal, “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, en *Doxa* 22, 1999.

43. *Ibid.*

a. “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”. Sentencia de CSJN, 24/5/2005

En este fallo, en su voto, el Dr. Maqueda señaló en el Considerando 8°: “Esta Corte ha sostenido desde antiguo que *‘la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador’*” (Fallos: 200:165).

Por otro lado, también señaló la importancia del significado textual al mencionar que “es regla de interpretación de las leyes la de que *los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas*” (Fallos: 120:372) y que “cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación” (Fallos: 211:1063).⁴⁴

Seguidamente, y resaltando el papel asignado a la Constitución, el mencionado magistrado haciendo a su vez alusión a otros fallos sostuvo en el Considerando 8° que “Estas pautas han sido también pacíficamente seguidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (Mikva, Abner J., Lane, Eric, *An Introduction to Statutory Interpretation and the Legislative Process*, Aspen Law&Business, 1997, p. 9 y ss.), en cuyos pronunciamientos este Tribunal ha encontrado temprana y frecuente fuente de inspiración” (Fallos: 1:317; 33:162).

Para el aquí intérprete de las normas, en su voto, en el Considerando 10° señala que según la redacción del art. 86 de la Constitución Nacional, cuyo alcance e interpretación se cuestiona, *fue la voluntad final del constituyente reformador*

44. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, 24/5/2005, disponible en: <http://www.saij.gov.ar/interpretacion-ley-interpretacion-literalvoluntad-legislador-sua0068522/123456789-0abc-defg2258-600asoiramus>, el destacado es propio.

no limitar ni restringir la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. “La norma en cuestión es la disposición que efectivamente crea la figura con rango constitucional, cuya función dentro del sistema debe ser *analizada desde la literalidad de la norma* y en relación con los motivos y los fines que su incorporación pretende satisfacer” en orden a la naturaleza de los derechos, garantías e intereses que con tal institución se intenta resguardar dentro del sistema.⁴⁵

b. “Bernardes, Jorge Alberto c/ E.N.A. - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración”.
Sentencia de CSJN, 3/3/2020.

En el presente fallo, la Corte sostuvo en su considerando 8° que no se pueden realizar averiguaciones o suposiciones de la voluntad del legislador señalando que “es doctrina de esta Corte que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen (Fallos: 306:721; 307:518; 319:2249; 326:704), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos” (Fallos: 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550).⁴⁶

c. “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. Varias”.
Sentencia de CSJN, 16/03/2016.

Aquí la Corte sostuvo que debe recordarse que la primera fuente para desentrañar esa voluntad es “la letra de la ley [...] sin que dicho propósito

45. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, 24/5/2005, disponible en: <http://www.saij.gov.ar/interpretacion-ley-interpretacion-literalvoluntad-legislador-sua0068522/123456789-oabc-defg2258-600asoiramus>, el destacado es propio.

46. CSJN, “Bernardes, Jorge Alberto c/ E.N.A. - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración”. 3/3/2020, disponible en: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenosaires-bernardes-jorge-alberto-ena-ministerio-defensa-amparo-mora-administracion-fa200-00010-2020-0303/123456789-010-0000-20ts-eupmocsollaf?#>, el destacado es propio.

pueda ser obviado bajo pretexto de posibles imperfecciones u olvidos en la instrumentación legal [...] y debe atenderse a los fines que las informan (Fallos: 271:7; 272:219, 280:307) a lo que cabe añadir, que lo que parece presumir una insensibilidad u olvido no es tal, puesto que la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador no se supone (Fallos: 310:195, 312:1614)” (Considerando 16°).⁴⁷

En iguales términos, el fallo señaló: *“También ha considerado que la inconsecuencia del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993). En este orden de consideraciones, el Tribunal ha señalado que debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia (v. doctrina de Fallos: 323:3289, considerando 4° y sus citas, entre otros) y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción”*.⁴⁸

Por último, en el Considerando 16°, la Corte hizo mención a un fallo de su judicatura indicando que *“...la solución propuesta condice con la regla de interpretación normativa [...] [la] cual es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional...”* (CSJ 1153/2008/CS1 (44-M) “Marquevich, Roberto José c/ ANSeS s/ acción meramente declarativa”, sentencia del 11 de diciembre de 2014), lo que se condice con lo ahora sostenido.⁴⁹

47. CSJN, “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. Varias”, 16/03/2016, disponible en: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federalciudad-autonoma-buenos-aires-boggiano-antonio-estado-nacional-ministerio-desarrollo-social-procesoadministrativo-inconst-varias-fa16000036-2016-03-16/123456789-630-0006-1ots-eupmocsollaf?>, el destacado es propio.

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

IV. El protagonismo de los poderes judiciales

Sin dudas podemos observar en los últimos tiempos un creciente protagonismo de los poderes judiciales a nivel social. Si miramos hacia atrás es notorio un proceso que ha tenido lugar y que ha causado que muchos países impriman reformas constitucionales en parte impulsadas por recientes estructuras políticas supranacionales y por el propio protagonismo de dichos poderes a nivel social. Se advierte fundamentalmente una judicialización de las estructuras, procesos y prácticas jurídicas.

En este sentido, muchas de las problemáticas morales, sociales, económicas o políticas que acontecen diariamente y que afectan al conjunto social han devenido en controversias judiciales.

Desde la década de 1990, la teoría jurídica, en especial la constitucional, ha experimentado un proceso de expansión en el que nuevos problemas y programas de investigación ven a la Constitución como un centro, objeto de reinterpretaciones a partir de nuevas realidades sociales y culturales. Esto condujo a un protagonismo social creciente de los poderes judiciales a lo largo del cual se impulsaron “reformas constitucionales de variada naturaleza que han transferido cuotas sustanciales de poder institucional desde las estructuras ejecutivas y legislativas clásicas a las estructuras del sistema de justicia”.⁵⁰

Según Hirschl, hay quienes ven en la experiencia de innovación constitucional de la última parte del siglo XX y comienzos del siglo XXI una tendencia global hacia la consolidación de una auténtica “juristocracia”.⁵¹ El avance del activismo judicial, como mencionamos antes, deviene como respuesta a los cuestionamientos y demandas sociales y se erige en nuevos conceptos instrumentándose de diversa manera. Se extiende entre juristas y jueces cada vez más la idea de que la democracia supera el concepto de que es el ejercicio de la regla de la mayoría ya que las constituciones tienen un valor normativo propio y autónomo por sobre la legislación, que se da por mecanismos de acceso directo de la ciudadanía a la protección de

50. E. Zuleta Puceiro y G. Ábalos, *Interpretación constitucional. Una agenda para la investigación*, ConTexto Libros, 2019.

51. R. Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

los poderes judiciales, lo que permite que veamos de manera diferente a como las veníamos viendo las funciones del derecho en la vida social. Así, la constitucionalización de los derechos y la revisión constitucional de las leyes por los tribunales comunes ha posibilitado que se establezcan nuevos trazos conceptuales a aquella idea tradicional de Estado de derecho.

El aumento del activismo judicial, como dijimos, aparece como la consecuencia de nuevas exigencias sociales, y esto también se enlaza con el concepto de “democracia”: no solamente vista como el ejercicio de la regla de la mayoría sino desde el correlato de mecanismos de acceso directo de la ciudadanía a la protección de los poderes judiciales. Así las cosas, se advierten conflictos abiertos entre valores, instituciones, procedimientos y conductas de las personas y el Poder Judicial muchas veces incursiona en las cuestiones políticas que puedan presentarse habiendo una mucha mayor “judicialización” de los problemas. Es tarea de los jueces desenvolverse en un campo de actuación en que se la vida de los ciudadanos y las asociaciones se ajuste a las leyes (lo que R. Guibourg llama “micro-equilibrio”).⁵²

La Constitución pasa a tener operatividad propia, más allá de las leyes que reglamentan su ejercicio y más allá de las formas y representaciones políticas heredadas, siendo que funciona como una realidad viva en las que las personas formulan reclamaciones desde aquello que persiguen y demandan en una sociedad en cambio constante.

Por otro lado, desde hace un tiempo se viene desarrollando el fenómeno de modificación en el modo de legislar, pasando de la práctica de legislar por obligaciones a legislar por derechos, motivo por el cual se hace aún más vasto el papel del juez en su actuación de interpretar. Así, interpretar deviene un acto que no puede apartarse de las valoraciones morales en tanto y en cuanto vemos todo un conjunto de valores y principios enraizados en el sistema legal, máxime gracias al concepto de neoconstitucionalismo.

El concepto “neoconstitucionalismo” mencionado en el párrafo anterior alude a una tendencia ocurrida desde la segunda mitad del siglo XX a partir de incorporar derechos positivos que requieren acciones políticas

52. R. Guibourg, “La función judicial”, en *Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, p. 36, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcion-judicial.pdf>

concretas y colectivas del Poder Legislativo.⁵³ Ello se ve representado por la Constitución argentina de 1994. En este sentido, esta incorpora a nivel interno convenciones internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, y también incorpora cláusulas como, por ejemplo, el artículo 41 sobre el derecho a un ambiente sano.

Asimismo, esos principios pasan a ser normas obligatorias que se definen a partir de apreciaciones subjetivas obligando a los jueces a fallar según sus propios criterios morales o políticos la legalidad de las acciones o la constitucionalidad de las leyes. Los principios requieren una asignación de significados particulares que, si bien generan debates jurídicos, no logran que se alcance un acuerdo moral general. Por ejemplo, el término “inocente” es calificado por los actores sociales según sus propias ideas y bagaje moral pero no llegamos a lograr una precisión uniforme en ningún momento. Es de este modo el sistema judicial a quien se le asigna el poder definir jurídicamente esos conceptos al caso específico.

Luego, lo dicho precedentemente tiene que ver con una evolución del pensamiento jurídico actual que ha ampliado las definiciones señaladas por Kelsen para llegar a definir las garantías constitucionales ya que, a partir de que los valores y derechos humanos han llegado a la cima del sistema jurídico, todos esos valores implican otras garantías que llegado el momento de estar en contraposición con una ley determinada pueden llegar a invalidarla.

V. Significados de conceptos. Problemas del lenguaje y métodos interpretativos

a) Problemas del lenguaje

De esta manera, es menester que aquel que se vuelque a la tarea de interpretar, encuentre una solución al caso a partir de conocer el significado real de los conceptos jurídicos. Se presentan problemas del lenguaje (como la ambigüedad y la vaguedad), problemas lógicos pudiendo ser estos solucionados mediante criterios como los de *lex superior* (criterio jerárquico), *ley posterior* (criterio temporal) y *lex especial* (criterio material).

53. *Ibid.*

Los casos de ambigüedad se resuelven por lo general apelando al contexto lingüístico o a la situación en que fue emitido el mensaje en cuestión. Luego, ya el filósofo inglés H. L. A. Hart, en “El concepto de derecho” ejemplificaba la vaguedad con una norma que dispusiera “prohibido el ingreso de vehículos en el parque” y argumentando que mientras hay casos claros o paradigmáticos de “vehículo” (un ómnibus, un automóvil, hay casos excluidos y otros que están en la zona de penumbra (como un auto eléctrico de juguete). Para precisar los términos y resolver la vaguedad, el intérprete debe entonces redefinir las palabras utilizando así consideraciones que pueden o no ser lingüísticas y que nos permiten adentrarnos en los métodos.

b) Métodos interpretativos

En este sentido, al hablar de métodos interpretativos, es decir las reglas que privilegian alguna propiedad de las normas para otorgarles un sentido único, se distinguen el gramatical, sistemático, histórico, teleológico, el que utiliza los principios generales del derecho, el de aplicación del razonamiento analógico, entre otros.

El tener que elegir qué método utilizar depende del intérprete y es también una conducta valorativa, y en otras ocasiones son las normas jurídicas mismas las que indican qué métodos proceden y cuáles no. Tal es el caso de la prohibición de la interpretación por analogía de los tipos penales.

Diversos autores, como Alberto Trabucchi, Mario Oderigo, Luis Díez Picazo o el citado Anchondo Paredes en “Métodos de interpretación jurídica”, han analizado los métodos de interpretación. Según Barría Paredes, ya Savigny había distinguido cuatro elementos de interpretación: el elemento gramatical, el elemento sistemático, el elemento histórico y el elemento lógico. Dichos elementos son cuatro actividades que deben actuar juntas si la interpretación ha de acertar y en tal sentido “Savigny deja por establecido que *el fundamento del elemento de interpretación gramatical*, así como de los demás elementos, *debe buscarse en la voluntad del legislador*”.⁵⁴

54. M. Barría Paredes, *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, pp. 259-260.

El método es el conjunto de pasos a seguir para alcanzar un determinado fin, el camino que se traza para lograrlo; actuar metódicamente permite saber lo que se busca. Cuando se tiene necesidad de saber el sentido de una norma, legal o contractual, porque hay desacuerdo con su contenido, el intérprete lo hace recurriendo a diversos métodos y técnicas que le permitan encontrar el significado de la disposición ya que de ese modo tendrá los elementos para resolver la controversia planteada con motivo de la discrepancia surgida a propósito del alcance de la ley o de la estipulación.

Según Anchondo Paredes, se cree que el camino de la interpretación puede partir del texto de la ley o de los pactos, lo cual en cierta medida es válido porque constituye un elemento objetivo, real, que se tiene al alcance; no obstante la realidad muestra que no siempre los términos de aquellos tienen la claridad y precisión requeridos para encontrar su significado y alcance así como el propósito buscado por el legislador que aprobó la norma.⁵⁵

Siguiendo al autor mencionado en el párrafo anterior, las mayores cuotas de seguridad jurídica que se alcanzan en un Estado de derecho no surgen tanto cuando existe un respeto hacia el principio de legalidad sino cuando la tarea hermenéutica y de aplicación del derecho realizada por los tribunales y órganos de administración pública está marcada por la vinculación a métodos interpretativos admitidos.⁵⁶

El método gramatical, literal o exegético propone encontrar el sentido de una norma o de una cláusula en una norma. A partir de su literalidad se atribuye un significado a los términos empleados en la redacción por el legislador y con ayuda de las reglas gramaticales y del uso del lenguaje se indaga el significado de los términos en que se expresa una disposición normativa. Dicho significado suele coincidir con el lenguaje general empleado por los miembros de la comunidad, aunque a veces es necesario atender al lenguaje técnico que usa la norma jurídica.

Francesca Poggi en “Significado literal: una noción problemática”, distingue diversos usos, especialmente jurídicos, de significado literal: palabras de uso común, palabras técnicas que no están en el discurso cotidiano y palabras que están en el lenguaje común y en el técnico (ej. “posesión”). Para

55. V. Anchondo Paredes, *Métodos de interpretación jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 35.

56. *Ibid.*

Aulis Aarnio, la imprecisión semántica en textos jurídicos no se da con un fin estético, sino que tienen lagunas, no respondiendo a todas las cuestiones.

La interpretación sistemática busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte. Un precepto o cláusula debe interpretarse no de modo aislado sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento.

Según Anchondo Paredes, el sistema jurídico tiene una lógica interna propia, primeramente porque las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador y de los principios que lo gobiernan, y luego porque poseen una coherencia intrínseca y objetiva que justifica acudir a preceptos para aclarar el significado de otros dudosos.⁵⁷

La interpretación histórica estudia los contextos anteriores al dictado de las normas, que puedan influir para su entendimiento actual. El argumento del método histórico sirve para justificar la atribución de significado a un enunciado, que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado actual regula. Esa interpretación histórica puede ser estática o dinámica.

La interpretación teleológica atiende al objeto, motivo o finalidad de la ley; atribuir significado a una norma atendiendo a la finalidad del precepto. Se supone la búsqueda del sentido de la norma que va más allá del simple texto. Los fines que el creador de la norma intenta alcanzar son por regla general “fines objetivos”, o sea perceptibles, determinables y vinculados a una realidad conocida.

Los mencionados propósitos podrían ser aseguramiento de la paz y la justa solución de litigios; el equilibrio de una regulación en el sentido de prestar atención a los intereses en juego; la protección de los bienes jurídicos y un procedimiento judicial justo; mejorar condiciones de interés colectivo, etc.

La analogía permite trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero

57. V. Anchondo Paredes, *Métodos de interpretación jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 42.

que es semejante al primero, tiene una concepción tradicional según la cual es permitido colmar lagunas con base en la identidad de razón (la aplicación analógica) pero también se le ha otorgado el carácter de procedimiento interpretativo (explicación analógica) cuando el juez explica una disposición de significado incierto pero presente en el ordenamiento a la luz de otra disposición no equívoca o menos equívoca invocando la analogía de las dos previsiones.

c) *Métodos interpretativos y análisis de fallos*

Seguidamente, a modo ejemplificativo, procederé a exponer el alcance de la tarea interpretativa y la relación con algunos de los métodos reseñados en el párrafo anterior, en el fallo “*Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de estupefacientes*” del 29 de agosto de 1986.

Primeramente, vemos en dicho pronunciamiento una contraposición entre el artículo 6º de la Ley 20.771: “Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$ 100.-) a cinco mil pesos (\$ 5.000.-) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso profesional”, y el principio de reserva, consagrado en el artículo 19 de la

Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Es decir, entre la finalidad del artículo 6º que es reprimir la tenencia de estupefacientes y el artículo 19 que ampara las acciones privadas de las personas. Se realiza un método interpretativo teleológico al analizar el fin del artículo 6º de la Ley 20.771 en el sentido de la previsión de una pena y castigar un riesgo con potenciales peligros, y si ese artículo 6º se adecua o no al principio constitucional. Así, el Considerando 9º señala: “La construcción legal del art. 6º de la ley 20.771, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, *permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad. El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual*, haciéndose entonces caso omiso del art.

19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción...”.

Por otro lado, en el Considerando 8º se distingue entre ética privada y ética colectiva y se enuncia que el orden y la moral pública llevan a proteger bienes o intereses de terceros. Luego el fallo remite a los potenciales daños en caso de tenencia de drogas para consumo personal. Más tarde, en el Considerando 10º se analiza la problemática en la sociedad y hasta qué punto la prevención penal de la tenencia y la adicción son un remedio. A tal efecto, se citan opiniones del Comité de Expertos de la OMS para señalar que la “detención obligatoria no resulta por sí beneficiosa”. También se cita al grupo de estudio de la OMS sobre la juventud y drogas, etc. Concluye en el Considerando 11º que se hace necesario proceder a la pronta atención de la persona adicta con miras a la resocialización para evitar la estigmatización como delincuente por parte de la comunidad.

Asimismo, en su voto el Dr. Petracchi analiza los argumentos sostenidos en la doctrina y jurisprudencia a favor o en contra de la legitimidad de la prohibición que se impugna en el caso. Aborda la problemática del tema “droga” en esa época y señala que mediante la interpretación normativa se busca reconstruir el ordenamiento jurídico en democracia, afianzando así la seguridad jurídica (Considerando 5º). Luego realiza una evaluación histórica ya que cita precedentes de la CSJN: “Ponzetti de Balbín v. Ed. Atlántida S.A.” nombrando varios considerandos. Además procede a citar doctrinas de intérpretes del art. 19 CN. como Sampay, para posteriormente mencionar a Aristóteles con su definición de “Justicia” y a la idea de autonomía de la conciencia y la voluntad personal que funda la democracia constitucional.

El Dr. Petracchi continúa resaltando la ratificación legislativa del Pacto de San José de Costa Rica que consagra el derecho a la privacidad (art. 11 inc. 2 y 3) aproximándose de esta manera a un método de interpretación sistemática (Considerando 10º).

Seguidamente, en el Considerando 14º realiza un método de interpretación histórico ya que se observan los antecedentes de la legislación en examen: así se citan la Ley 11.331 que modificó el art. 204 C.P., el fallo “González, Antonio”, el fallo “Terán de Ibarra, Asunción”, el proyecto Peco (1942), el Proyecto de 1960, la Exposición de motivos de la Ley 17.567 del año 1968, el Anteproyecto de la Policía Federal de 1967 y la reforma al Código Penal de 1968. Además, el magistrado critica luego el artículo 6º de la Ley 20.771 al cual acusa de imponer severas penas mas no implica el legislar

“en forma global y sistemática sobre la cuestión de estupefacientes” (Considerando 14º) para citar posteriormente muchos casos en que la Primera Instancia resolvió la invalidez del artículo 6º en relación al artículo 19 de la Constitución Nacional.

Asimismo, hay una vinculación entre la problemática acontecida en el país y en el resto del mundo ya que especifica que en otros países se afirma que la adicción debe combatirse con políticas globales y leyes apropiadas, estableciéndose así un sutil llamado al gobierno a efectivizar políticas públicas delineando un método de interpretación sistemática y teleológica que busque confluir con el conjunto de normativas parte del ordenamiento internacional atendiendo a la finalidad del mismo.

Continúa en el Considerando 17º el Dr. Petracchi con el método de interpretación histórico al enunciar los motivos de la prohibición contenida en el art. 6º de la ley 20.771, a saber: juicios de carácter ético (basados en la acción de consumo de estupefacientes), las razones de política global de represión del narcotráfico y los argumentos sobre la generación de un grave peligro social. Pero también señala que no hay estudios previos suficientes que prueben la relación entre consumo y delito.

Por último, alude en el Considerando 25º al pasado histórico del país: la secesión de períodos autoritarios y las prohibiciones sociales que se dieron concomitantemente. La norma del artículo 19 enunciada en la Constitución excluye incursiones de la ley penal en la esfera privada ya que lo contrario implicaría contrariar el sistema institucional.

Si analizamos el fallo de la CSJN “*Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación - Dirección Nacional de Sanidad Escolar*”, del 15/05/1984, vemos que el actor reclama que se lo excluya de lo contemplado en la Resolución 957/81 del Ministerio de Educación de la Nación, resolución por la cual todo docente debe contar con la estatura mínima de 1,60 metros.

En este sentido, el actor reclama que se lo matricule en el Instituto Nacional Superior de Profesorado Dr. Joaquín V. González en la especialidad de Matemática y Astronomía. El demandado está en contra de esto y considera que Arenzón carece de requisitos físicos para poder inscribirse en la carrera docente.

La sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior que ordenó al Ministerio de Educación de la Nación la matriculación de Gabriel

Arenzón en la carrera. La Cámara consideró que era irrazonable dejar al accionante fuera de los cursos de capacitación docente y que si en principio se podía requerir una aptitud psicofísica para cursar la carrera eso no significaba que se diera lugar a “pautas inflexibles” sino que era necesario un “juicio concreto y ponderado” de los factores personales de aquellas personas que deseaban ingresar a estudiar al profesorado.

Contra el fallo mencionado precedentemente, la representación estatal interpuso recurso extraordinario. Considera que existen remedios administrativos idóneos y que el asunto requiere mayores escenarios de prueba y debate ya que la norma impugnada es resultado de diversos estudios realizados por organismos técnicos, y con el fin de evitar discrecionalidad se fijó un tope mínimo sobre la base de la “talla normal promedio”.

También se agravia la demandada en que la sentencia atacada implica entrometerse sin razón en un terreno puramente propio del administrador conformando una tácita declaración de inconstitucionalidad. La CSJN confirmó la sentencia de Cámara apelada por el Ministerio de Educación e hizo lugar al pedido de Arenzón por considerar arbitraria la exigencia psicofísica, ordenando la matriculación en consecuencia.

Asimismo, este es un fallo que apela a diversas fuentes: la Resolución 957/81 del Ministerio de Educación de la Nación, la Ley 16.986 Acción de amparo, Artículos de la Constitución Nacional: artículo 14, artículo 16, artículo 19, artículo 28, la Ley 48 (art.14 inc. 3º), entre otras, aludiendo a una interpretación sistemática.

También apela a fallos anteriores: Fallos: t. 241, p. 291; t. 280, p. 228 - Rev. La Ley, t. 92, p. 632, con nota de Segundo V. Linares Quintana; t. 147, p. 738, fallo 29.270-S-) acerca de la facultad de los jueces de restablecer todo derecho esencial de las personas que haya sido restringido; Fallos, t. 267, p. 215 - La Ley, t. 126, p. 293: el art. 2º, inc. d) de la Ley de Acción de amparo no debe entenderse de modo absoluto ya que se destruiría la finalidad de la institución cuyo objetivo es resguardar los derechos de las personas (método de interpretación teleológica) si no se vislumbra otro remedio eficaz para ello. Apelando a “Moreno, Juan J. s/ recurso de amparo c. Autoridades de la Escuela Nacional Normal Superior del Profesorado Mercedes Tomasa San Martín de Balcarce”, los jueces en “Arenzón” transcriben extractos del fallo y sostienen que los mismos se vinculan a principios cuestionables de la demandada en tanto y en cuanto la existencia de prejuicios acerca de la estatura en el marco de la integración social de los niños. En suma, hay un

respaldo a la Constitución Nacional, objeta la resolución del Ministerio de Educación al ser emanada de un gobierno de facto. Se le da importancia a la Ley de Amparo para salvaguardar los derechos del actor.

Son de gran relevancia los Considerandos 15, 16, 17 y 18 al oponerse la Corte a los principios de ética elitista, perfeccionista y autoritaria que conforman un sustento ideológico a la norma de la resolución 957/81. Con un método imperantemente sistemático, la Corte enfatiza que "... este extravagante privilegio de los que miden más de 1,60 m. es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente, infiere una lesión enorme a los derechos del actor ya mencionados, y mancha al ordenamiento argentino con valores éticos sustancialmente anacrónicos...", es decir que tiene en cuenta el plexo normativo constitucional, una justa interpretación del juego armónico que debe hacerse del Artículo 14 de la Constitución debido a que ningún derecho es absoluto, junto al Artículo 28 del mismo cuerpo normativo. Este caso podría ser un ejemplo de juez Júpiter que busca resolver casos como si fuera Dios y asumiendo grandes empresas.

VI. Conclusiones

A modo de finalizar el presente trabajo, debe decirse que el mismo intentó poner de relieve que no existe un concepto único de interpretación jurídica y las diversas cuestiones que pueden suscitarse en relación a las maneras de interpretar, las visiones doctrinarias, los métodos interpretativos y los problemas del lenguaje.

Asimismo, se trazaron los lineamientos sobre el carácter creativo de los jueces y la intención en la interpretación. Se resaltó el creciente protagonismo que viene teniendo el Poder Judicial a lo largo de los años ante una creciente cantidad de demandas sociales.

Es importante destacar que deviene fundamental, al realizar tareas de interpretación judicial, la observancia de proyecciones éticas de modo de lograr un equilibrio entre las normas, siempre con miras al respeto a los principios morales que debe llevar adelante la función judicial.

Bibliografía

- Aarnio, Aulis, *Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*, Doxa 4, 1987.
- Anchondo Paredes, Víctor, *Métodos de interpretación jurídica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>, último acceso 5 de marzo de 2021.
- Bacqué, Jorge Antonio y Nino, Carlos Santiago, “El tema de la interpretación de la ley”, en *Lecciones y Ensayos*, N°36, 1967, pp. 319-326, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Barría Paredes, Manuel, *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Una nota histórica sobre la tarea judicial” en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2005.
- “Reflexiones sobre el papel del juez en la cultura occidental”, Disponible en: https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3282/reflexionessobreelpapeldeljue_z.pdf?sequence=1&isAllowed=y, último acceso 5 de marzo de 2021.
- D’Agostino, Francesco, *Interpretación y hermenéutica*, 1996, disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32045>, último acceso 7 de febrero de 2021.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- *El imperio de la justicia (Law’s Empire)*, tr. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- Guibourg, Ricardo A., “La función judicial”, en *Pensar en Derecho*, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcionjudicial.pdf>.
- “Ved en trono a la noble igualdad”, en *La Ley*, 03/10/2007.
- *Colección Análisis jurisprudencia - Teoría general del derecho*, La Ley, Buenos Aires.
- Hart, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Hirschl, R., *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1998.
- Lifante Vidal, Isabel, “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, en *Doxa* 22, 1999.
- Massini Correas, Carlos, “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica: consideraciones a partir de las ideas de Owen Fiss”, *Prudentia Iuris* N°71, Biblioteca de la Universidad Católica, 2011.
- “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2004-B.
- Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 4, núm. 8, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2007.
- Poggi, Francesca, “Significado literal: una noción problemática”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, Universidad de Alicante, España, 2007.
- Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2011.
- Raz, Joseph, “La intención en la interpretación”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, España, 1997.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *Interpretación y calificación jurídica de hechos*, Univ. Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2019.
- Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- Ruiz, O., *Hermenéutica jurídica*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
- Sagüés, N., *La interpretación judicial de la Constitución*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Troper, Michel, “Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”, en *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 138, 1981.
- Ursúa, José, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, Isonomía, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2004.
- Vigo, R., “La interpretación jurídica en Ronald Dworkin”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, octubre/diciembre, IV Serie-LXX, Giuffré, 1993.
- Zuleta Puceiro, Enrique, “Interpretación de la ley”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2003.
- *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Zuleta Puceiro, E. y Ábalos, M., *Interpretación constitucional. Una agenda para la investigación*, ConTexto Libros, Resistencia, 2019.

Fallos

“Gustavo Mario Bazterrica s/ Tenencia de estupefacientes” - CSJN - 29 de agosto de 1986 (Fallos 308:1392).

“Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”. – CSJN, 24/5/2005.

“Bernardes, Jorge Alberto c/ E.N.A. - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración”. – CSJN, 3/3/2020.

“Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. Varias” - CSJN, 16/03/2016.

