

LA CRISIS ECONÓMICA Y SU IMPACTO REGRESIVO EN EL DERECHO SOCIAL.

Sumario.-

- 1.- LOS SUSTOS QUE DA LA POST MODERNIDAD.**
- 2.- UN LLAMADO PRINCIPIO GENERAL AL QUE CONSIDERAMOS UNA REGLA GENERAL INSTRUMENTAL DEL DERECHO PROPIO DEL GARANTISMO.**
- 3.- LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR A PARTIR DE SU PROPIEDAD SOCIAL.**
- 4.- LOS PUNTOS ÁLGIDOS DE LA TRANSFORMACIÓN CRÍTICA.**

Por Ricardo J. Cornaglia.¹

1.- LOS SUSTOS QUE DA LA POST MODERNIDAD.

Este editorial se trata de una reiteración de un capítulo de una obra colectiva publicada por la Asociación de Abogados Laboralistas en el año 2014, dirigida por Moisés Meik, titulada Estudios críticos del derecho del trabajo.

Alternancia democrática de los gobiernos de por medio, la crisis económica y social, que entonces imperaba, hoy se encuentra agravada. Para demostrar que la razón de la crisis se encuentra en el sistema económico dominante y por sobre los errores de las partidocracias que adhieren al mismo, con burla subversiva del programa constitucional que se desprende del art. 14 bis, reiteramos el trabajo como testimonio de un pensamiento que pretende superar los enfrentamientos de banderías que analizadas en profundidad en poco o nada se diferencian.

Hay otra razón más íntima y personal, para publicarlo. Es el homenaje sentido al abogado Moisés Meik, un compañero de la Sección del Derecho

Puede consultarse del autor, estos trabajos que refieren al tema abordado: La crisis económica y su impacto regresivo en el derecho social, publicado por la Asociación de Abogados Laboralistas, año 204, Buenos Aires, Información & Soluciones, p. 685 y ss. La constitucionalización del principio de progresividad, en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, junio de 2003, año XIX, tomo XVII, n° 214, pág. 487. Reflexiones sobre el principio de progresividad y la idea del progreso en el derecho del trabajo, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1999, año XXXIX, n° 60, pág. 149. El principio de progresividad, publicado en el Tomo de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Abogados: "Hacia nuevas formas de defensa de los trabajadores", celebrado en el Salón Germán Abdala, Buenos Aires, los días 10 y 11 de octubre de 1997, pág. 11. El orden público laboral y el principio de progresividad, en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, septiembre de 1995, año XI, n° 121, tomo IX, pág. 645. El ataque al principio de progresividad, en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, marzo de 1994, año IX, n° 103, tomo VIII, pág 175. La flexibilidad y el orden público laboral, en revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, junio de 1988, año XLVIII, n° 6, pág. 883. El principio de progresividad y su conceptualización por la Corte Suprema, en Revista Doctrina Laboral, Errepar, Febrero del 2005, No. 235, p. 107 y ss. El llamado principio de progresividad en relación con la cláusula del progreso, Libro de Ponencias de XV Conferencia Nacional de Abogados, convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, celebrada el 20 y 21 de septiembre del 2007, en la ciudad de Salta, (ponencia oficial, el autor presidió la Comisión No. Uno de la conferencia).

del Trabajo y de la Seguridad Social, del Instituto de Estudios Legislativos (IDEL). Un viejo y sabio maestro informal, que nos sigue dando un ejemplo permanente de angustia existencial y hambre de justicia social insatisfecha.

En términos políticos la era moderna se manifestó colocando al hombre como origen y fuente del poder, reformulando una conceptualización distinta del soberano por medio de la noción del pueblo, para terminar secularizando un nuevo orden democrático, instrumentando por el Estado de Derecho.

Todo a partir de un racionalismo cuestionador del pensamiento dogmático.

Con lo que modernidad en términos filosóficos colocó al pensamiento del hombre en una encrucijada.

Perdió el sujeto razonante la certeza de la fe y sumergido en la duda, por vía de ejercitarse en el razonar se puso a transformar tan profundamente a la naturaleza, soñando con el progreso, que dos siglos más tarde la degradación que produjo, llegó al punto de que todo futuro pensable, se nos ocurre como al finalizar el primer milenio, una promesa de hecatombe. Hasta el sueño de la perdurabilidad por medio de nuestros hijos está amenazado.

Las magras conquistas de la libertad, en ocasiones traen consigo pesadas cargas. Y en la actualidad, el culto al progreso (otra fe perdida), dejó de crear esperanzas y el racionalismo aparece hoy no sólo jaqueado por los dogmatismo, sino –y esto es lo más grave- sumergido en un piélago de información inútil que hace de la lógica humana un instrumento cada vez más difícil de ejercitar. Se trata de una intoxicación insalubre que produce el mal saber y sabor.

Mientras la imagen conmueve y llena los espacios del pensamiento ausente, las necesidades que nos atormentan, constituyen las libertades que perdemos con o sin resignación. Para colmo, las crisis cíclicas de la economía, arrecian.

En instancias como éstas el pensamiento mágico renace, el fundamentalismo se hace fuerte y el dudar se torna en una patológica prueba de debilidad, en lugar de una práctica crítica que desafíe al sano entendimiento.

En un marco así, el derecho social se torna evanescente, ambiguo y utópico. Su lógica sistémica termina por ser desafiada por los poderes a los que enfrenta.

Cuando los Ministros de Trabajo de la Naciones de Europa, salen a justificar la regulación legitimada de jornadas de 60 o 70 horas semanales, a partir del orden económico de la decadencia, ¿sirve el recordar la ignominia del proceso de los Mártires de Chicago?

¿Tiene acaso sentido advertir sobre la vigencia de las constituciones sociales ante la prepotencia de las burocracias políticas y económicas que se montan sobre la crisis, para practicar una extorsión tantas veces repetidas en la historia?

Pero nadie debe equivocarse, esa evanescencia y ambigüedad sólo constituyen el refugio cómodo de los que cultivan el fraude. Y la utopía no

constituye debilidad, ya que el hombre la necesita tanto como el aire para respirar.

Es en los momentos de aguda crisis, en que los pueblos construyen con más fecundidad, reaccionando.

Es también la hora de entender que el Estado Social, no sólo tiene la virtud de sostener la esperanza, sino también, de que se trata de un mandato de derecho positivo.

Respondiendo a esas preguntas, que nos corroían las entrañas a los que seguíamos rumiando la cuestión social, propuse en el libro *“Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis”*,² el replanteo del estudio del derecho del trabajo desde la óptica de dos principios generales de la materia, el de indemnidad y el de progresividad.

Era un rescate de las raíces de los fundamentales derechos humanos en su relación con los derechos sociales. Desafié a la doctrina, planteando la perentoria necesidad de indagar en la relación conflictiva que mantiene la indemnidad de los trabajadores en relación con el orden económico del progreso.

El desafío lo venía formulando ya años antes y no había merecido respuesta en un debate abierto y franco. Ni siquiera cuando a partir del dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, la constituyente provincial de 1994, llevó estos dos principios generales, al rango que les otorga el art. 39 de la Constitución vigente en la Provincia de Buenos Aires.

Los convencionales, que plantearon la reforma, eran laboristas miembros de ese Instituto, que no tuvieron controversia alguna cuando fundaron la norma, invocando ese dictamen proveniente de la Universidad. Y pese a que en ese entonces, las políticas económicas regresivas, alcanzaban el pináculo de su efímero éxito.

Pero el envido no aceptado por la doctrina, diez años más tarde, sorpresivamente movió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando ésta en el año 2004, se decidió a desandar un camino al extravío que estaba recorriendo y recomenzó a partir de valores que la enaltecieron a llevar a cabo el control de constitucionalidad de los derechos sociales, para no burlarlos.

Fue en el caso “Aquino”, en el que se registró entre sus fundamentos, el papel que juega el principio de progresividad con referencia a la legislación que lo agravaría, para corregir las notorias disposiciones regresivas de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557.³

² Véase CORNAGLIA, Ricardo J.: *Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

³ C.S.J.N., “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, del 21 de septiembre del 2004. Integran también el giro dado en cuanto a la doctrina de la Corte: “Castillo c. Cerámicas Alberdi S.A.” y “Vizzotti, Carlos A. AMSA”, todos fallos del mismo mes de septiembre. Con similar orientación: “Milone, Juan Antonio c. Asociart S.A. A.R.T.”, del 26 de octubre del 2004, fallos 327: 4607 y recientemente “Suarez Guimbard, Lourdes c. Siembra A.F.J.P. S.A.”, del 24 de junio del 2008, publicado en diario La Ley del 31 de

Lo hizo la Corte con cita de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales, de resoluciones de Tribunales como la Corte de Arbitraje Belga y el Tribunal Constitucional de Portugal y el Consejo Constitucional francés.

En el voto de los ministros doctores Zaffaroni y Petrachi, se llevó a cabo una inteligente aplicación de nuestro artículo 14 bis, comenzando por la indagación sobre la voluntad de los constituyentes. Recordando las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, en estos términos: "Sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, que "un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante", aun cuando ello 'podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme" (*Diario de sesiones...*, cit., t. II, pág. 1060)".

Y se proyectó la Corte desde la Constitución hacia los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales, para condenar el retroceso implícito en la ley 24.557, sosteniendo:

"Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se "compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata". Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo "más explícita y eficazmente posible" a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el *sub lite*, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de*

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23)".⁴

Desde entonces, se fueron sumando otros fallos y otros aportantes de modestos criterios confirmadores, de la vigencia de este principio instrumental del garantismo social, de imperativo respeto en el orden constitucional vigente.

Pero ahora veo que el principio de progresividad comienza a ser usado como un cómodo cliché en las sentencias, lo cual por un lado alegra y por el otro alarma.

Como instrumento de protección de una clase, el derecho social cobra altura y se consolida sólo a partir del más sólido fundamento racional y cuando va dejando los lastres de su ambigüedad. Una ambigüedad que encubre el aspecto más antagónico de su función, que es la de constituirse en el legitimador de la apropiación del trabajo ajeno.

Un derecho del trabajo regresivo, es impensable, asistémico e inconstitucional, e implica la renuncia a cumplir su función protectora y su misión postergada de alcanzar niveles de justicia social que no agraven a la conciencia de la humanidad.

El carácter progresivo de esa rama del derecho cobra sólo sentido a partir de las magras propiedades alcanzadas por el sujeto protegido de especial consideración constitucional y los daños que las conculcan. No se trata ese carácter de una nota pasatista a la que gobiernos conservadores o populistas, puedan desactivar a placer, sin afectar la naturaleza misma del sistema.⁵

Esa nota característica de la legislación laboral, está determinada por lo que en la doctrina alemana se denomina: "regreziionsverbot" (prohibición de regresión)

Es de enorme consecuencias prácticas en la revisión de la reforma laboral regresiva, que viene conmoviendo los cimientos de un derecho que naciera para dar respuestas a la cuestión social y que hoy desenfadadamente se lo trata de orientar en función de los intereses de la empresa.

Es por eso que venimos defendiendo en la doctrina estas tesis:

- a) Que el progreso tiene por límite al daño. Y las normas que procuran el primero, quedan desactivadas por las que resguardan del segundo o lo reparan.
- b) Que en la confrontación entre la propiedad alimentaria del trabajador y la propiedad de la empresa, priman las normas que resguardan a la primera.

⁴ Ver: C.S.J.N, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", 21 de septiembre del 2004, en suplemento especial de La Ley del 27 de septiembre del 2004.

⁵ G.H Camerlynck y G. Lyon-Caen, afirman: "Se ha podido decir que el derecho del trabajo, al rechazar toda regresión, evoluciona 'en sentido unívoco'". Y también anotan con agudeza que, "la idea de los derechos adquiridos ha penetrado profundamente en los trabajadores". Ver: G.H. Camerlynck y G. Lyon-Caen en "Derecho del trabajo", pág. 17, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1972.

- c) Que el trabajo hace e integra la personalidad del trabajador y que la apropiación del mismo, obliga al empleador y no es absoluta.
- d) Que forman parte de los derechos humanos, los derechos que hacen a la integridad psicofísica del trabajador, y las normas que a ellos refieren son la base del derecho de daños laborales.
- e) Que el contrato de trabajo lejos de haberse agotado se encuentra en una crisis de desarrollo y trasciende los límites de la sociedad y economía capitalista en su estadio actual. Por lo que el garantismo también opera en el economía social, la autogestión y la economía socialista.
- f) Que el contrato de trabajo del futuro deberá seguir siendo intervenido estatalmente y en forma convencional colectiva, y sometido a las instituciones del orden público laboral, relacionándose con la compraventa de energía, información y conocimiento.

2.- UN LLAMADO PRINCIPIO GENERAL AL QUE CONSIDERAMOS UNA REGLA GENERAL INSTRUMENTAL DEL DERECHO PROPIO DEL GARANTISMO.

A esta altura de las circunstancias, creemos que el llamado principio de progresividad, es una regla general de derecho que es esencial para el Estado actual, por ser instrumental y operativa del garantismo.

Hemos hecho todo lo posible, desde la acción política, la cátedra, la profesión y la doctrina, para obligar a los operadores del derecho a tener que debatir los institutos a partir de esa regla general, a la que hace quince años tan sólo, cuando la enunciábamos y defendíamos, se la trataba con sorna o con una aparente seriedad académica, inspirada en un positivismo de patas cartas, que no les permitía a esos humoristas conceptualizarla.

Hoy es la herramienta intelectual que se utiliza para hacer que el programa de Constitución no sea una falsa promesa incumplida. Es el instrumento que permite visualizar las propiedades sociales del trabajador desposeído, que encuentra en las seguridades de lo colectivo la única forma de pelearle a la explotación su permanente construir el hambre desde la artificiosidad de las normas irrazonables.

El derecho social, (amplio concepto que abarca al derecho del trabajo y el de la seguridad social integrándolos armónicamente), por medio de esa regla instrumental general de derecho, opera a partir del reconocimiento del estado de necesidad de amplios sectores de la clase trabajadora y cumple la función de reparar racionalmente la desposesión implícita en la relación de trabajo del orden económico capitalista.

Esta regla instrumental del progreso funciona como una válvula dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados. Que a mérito de aventar las crisis, no se pueda sembrar indignidad.

Impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos que registran un mayor grado de desposesión legitimada.

Se expresa articuladamente para cumplir la función protectoria con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa.

3.- LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR A PARTIR DE SU PROPIEDAD SOCIAL.

La indemnidad del trabajador y la regla que impide la agresión de la misma, ni siquiera en función del progreso, vienen a poner en el centro del tablero de ajedrez que es nuestro sistema de conceptos, a una nueva consideración crítica del derecho de propiedad, (lo que de por sí implica un debilitamiento de otras conceptualizaciones del derecho de propiedad anteriores en el tiempo).

Un aspecto fundamental de la propiedad social a la que acceden los trabajadores, corresponde a la naturaleza colectiva de la misma.

Los individuos se encuentran protegidos por la propiedad social (pueden gozar de ella o sentirse seguros ante los riesgos), en la medida en que pertenecen a grupos, que el derecho reconoce como categorías y a los que otorga en principio (y sin forma explícita) personalidad.

Robert Castel señala la importancia de la pertenencia a los colectivos protectores como forma de gozar de esa propiedad social.

Lo hace a partir de Hartzgelf, a quien cita: “Lo que cuenta verdaderamente es cada vez menos lo que posee cada uno, y lo que cuenta cada vez más son los derechos adquiridos por el grupo al que se pertenece. El tener goza de menos importancia que el status colectivo definido por un conjunto de reglas”.⁶

Termina afirmando: “De hecho, el trabajador en tanto individuo, librado a sí mismo, no ‘posee’ casi nada, y por sobre todo tiene la necesidad vital de vender su fuerza de trabajo. Es por ello, que la pura relación contractual empleador-empleado es un intercambio profundamente desigual entre dos individuos, en el que uno puede imponer sus condiciones porque posee para llevar adelante la negociación a su antojo, recursos que le faltan totalmente al otro. En cambio, si existe una *convención colectiva*, ya no es el individuo aislado el que contrata. Se apoya en un conjunto de reglas que han sido anterior y colectivamente negociadas, y que son la expresión de un compromiso entre organizaciones sociales representativas colectivamente constituidas”.⁷

Llega por lo tanto a la conclusión de que “es la instancia del colectivo la que puede dar seguridad al individuo”.

⁶ Véase: CASTEL, Robert: *La inseguridad social: ¿qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2004, pág. 50; citando a H. Hartzfeld: “*La difficile mutation de la sécurité-propiété a la sécurité-droit*”, Prévenir, en n° 5, marzo de 1982.

⁷ Véase CASTEL, Robert: *La inseguridad social: ¿qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2004, pág. 50

Esa seguridad es tal en la medida en que reconoce propiedad. La pertenencia al grupo da el acceso a la propiedad de las prestaciones que protegen ante el riesgo (desempleo, vejez, enfermedad, maternidad, accidente, etc.). Algunas de esas prestaciones son dadas en forma diversa por el empleador, otras por el Estado y otras por la red de seguridad social.

La falta de estas prestaciones se traduce en inseguridad social. La carencia de la propiedad social coloca al individuo en la marginalización, en la sociedad del salariado, natural consecuencia de la forma capitalista de apropiación del trabajo.

La concepción sociológica de la propiedad responde al reconocimiento de la fuerza de los colectivos.

Habla de lo propio en tanto que colectivo y coloca al individuo de la modernidad en una sociedad integrada, que avanza hacia la globalización.

La crisis de los últimos treinta años, que alcanzara en especial al poder de los colectivos y al del Estado, atenta contra la identidad de esos colectivos y la propiedad social por ellos alcanzada.

Se traduce en desapropiación de los trabajadores, les reconoce autonomía para llevarlos a la marginalización. Es una crisis de seguridad que comienza en lo laboral y termina en lo penal. La sociedad disciplinaria termina en totalitarismo represivo.

El principio de progresividad del derecho del trabajo cumple la función de regular la dominación del porvenir. Actúa particularmente en la regulación de la inseguridad social.

Esta función de dominar al porvenir es esencial y fundante del Estado de derecho, que reconoce la cuestión social y la cuota de injusticia social que el orden establecido y vigente mantiene.

La regla de la progresividad, en la medida en la que llega a limitar la normativa fundada en el progreso (orden público económico), asegura paz social, en la medida en que si bien posterga en el presente la cuota de desigualdades, la pauperización y marginalización del sector más numeroso, dinámico y necesitado de la población, garantiza el proceso de cambio racional en función del menor daño posible a sufrir por los sectores más necesitados.

Asegura que el mañana será mejor que hoy en la medida de lo posible y pese a los intereses y derechos de los que detentan poder.⁸

4.- LOS PUNTOS ÁLGIDOS DE LA TRANSFORMACIÓN CRÍTICA.

La observación del derecho social impactado por la crisis y en crisis (que auguramos es de crecimiento), nos hace señalar sumariamente, que son cuestiones esenciales sometidas a debate:

⁸ Ver: "De esta manera, las insatisfacciones y las frustraciones son vividas como provisorias. Mañana será mejor que hoy. Es la posibilidad de anticipar una futura reducción progresiva de las desigualdades y la erradicación de los bolsones de pobreza y de precariedad que subsisten en la sociedad. Es lo que se llama progreso social, que supone la posibilidad de programar el porvenir". Véase: CASTEL, Robert: *La inseguridad social: ¿qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2004, pág. 48

a) La relación dialéctica entre el principio de indemnidad del trabajador y la regla de la progresividad limitante de la cláusula del progreso. Con el implícito reconocimiento de las relaciones conflictivas entre el orden público social y el orden público económico.

b) La naturaleza jurídica del derecho de indemnidad del trabajador, a partir del reconocimiento definitivo del mismo como un deber de seguridad contractual de resultado.

c) La solidaridad laboral por el obrar lícito, que determina los límites de la responsabilidad empresaria. Lo que arrastra: a) a la figura del empleador como persona jurídica del derecho social. b) La intermediación del trabajo en los procesos de tercerización del mismo.

d) El principio de estabilidad y su extensión en el empleo público y privado, tema que cruza, interpenetra y profundiza a la utilización de la discriminación como punto de partida, para reencontrarnos con la problemática de la propiedad del cargo y la ilicitud del despido no justificado.

e) El derecho al trabajo y la garantía de inserción social, como práctica garantista, en el Estado de Derecho Social y la subordinación de la estructura del empleo público y privado, en la lucha contra el desempleo.

f) El impacto ecológico desde el derecho de la seguridad e higiene a partir del protagonismo obrero en la dación de tareas, como primer agente controlador del daño.

Por supuesto que una rama del derecho que tiene por competencia resolver estas cuestiones esenciales de la actual civilización, si no las resuelve puede desaparecer. Claro que también puede desaparecer una civilización si no las encara o las encara mal. Es de esperar que se resuelvan a partir del derecho social, como un proceso civilizador no agotado.