

El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto

POR JUAN IGNACIO ORSINI (*)

Sumario: 1. Configuración histórica y consagración jurídica del derecho al trabajo. — 2. Derecho al trabajo y principio de estabilidad en el empleo: el derecho al trabajo como límite al despido injusto. — 3. El derecho al trabajo en el derecho argentino. — 4. Dos posibilidades inexploradas y una pregunta incómoda a modo de conclusión: ¿es compatible el derecho constitucional al trabajo con el sistema legal de “estabilidad relativa impropia”? — 5. Bibliografía.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo indagar acerca del contenido del derecho al trabajo, así como sobre las implicancias que -especialmente en lo concerniente a la estabilidad en el empleo y la protección contra el despido injusto- ha provocado la constitucionalización de ese derecho en la República Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.

Con esa finalidad, tras rastrear someramente los orígenes históricos del derecho al trabajo, nos adentramos en el análisis que ha formulado, en relación al tema que nos ocupa, la doctrina judicial y científica en aquellos países que han incorporado ese derecho fundamental en sus Constituciones desde mediados del siglo XX. Con apoyo en tales basamentos, la idea central de la ponencia consiste en intentar aportar algunos elementos de análisis que contribuyan a desentrañar si las normas legales vigentes en el país que admiten la eficacia extintiva indemnizada de los despidos injustificados, resultan o no compatibles con las normas constitucionales y supra legales que garantizan el derecho fundamental al trabajo.

Palabras clave: Despido - Estabilidad - Trabajo

Abstract

This article aims to inquire about the content of the Labour Law and the implications that has provoked its constitutionalization in Argentina since de constitutional reform of 1994, especially regarding the employment stability and protection against unjust dismissal. To that end, after a briefly tracking of the historical origins of the Labour Law, we go into the analysis that judicial and scientific doctrine has made on this theme in those countries that have incorporated this fundamental right into their constitutions since the mid twentieth century. With support in such basis the central idea of this paper is contribute with some elements of analysis that help to unravel if the legal norms in force in the country, that admit the extinctive indemnified efficacy of unjust dismissal, are or not compatible with constitutional and suprallegal norms which guarantee the fundamental right to work.

Keywords: Dismissal - Stability - Work

1. Configuración histórica y consagración jurídica del derecho al trabajo

Actualmente, buena parte de las constituciones de los estados nacionales, así como numerosos tratados e instrumentos internacionales, incluyen el *derecho al trabajo* entre los derechos humanos fundamentales que deben garantizarse a todos las personas por su condición de tales.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Social, Cátedra I. Secretario del Instituto de Derecho Social. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

La relevancia que el derecho al trabajo asume dentro del elenco de los derechos de tipo social es principalísima, al punto tal que, en diversos países del mundo, destacados teóricos de la disciplina han llegado a señalar que debe ser considerado como “*el arquetipo de los derechos sociales*” (Sastre Ibarreche, 1996: 19) e -incluso, según lo han sostenido autores como Daum, Jacobs, Remy, Vasak y Barrada- “*el primer derecho social históricamente reivindicado*”, el “*paradigma de los derechos sociales*” o “*el derecho social por antonomasia*” (Sastre Ibarreche, 1996: 23, 54, 69). En similar sentido, se ha dicho que el derecho al trabajo constituye uno de los “*puntos neurálgicos*” de las sociedades democráticas modernas (Alarcón Caracuel, 1979: 5-6), así como “*un referente político fundamental*” del Estado Social de Derecho (Baylos Grau, 2004: 25).

Aunque entendido inicialmente como un derecho de tipo asistencial, asociado a las primeras formas estatales de previsión social, y sin distinguirlo todavía claramente de la *libertad de trabajar*, el derecho al trabajo aparece ya formulado por los grandes pensadores políticos liberales de finales del siglo XVIII, como Locke, Montesquieu y Rousseau, terminando por plasmarse en el art. 21 de la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793. (1)

Aunque no fuera ello lo que pareciera desprenderse de esa generosa definición normativa, la concepción inicial del derecho al trabajo estaba aún muy ligada a la libertad de trabajar que el liberalismo intentaba implantar con objeto de barrer los límites que a la libre apropiación del trabajo imponían las férreas estructuras gremiales corporativas medievales, que constituían un obstáculo al desarrollo capitalista que perseguía la burguesía. Será, en cambio, con la revolución francesa de 1848 cuando el derecho al trabajo adquiera un significado mucho más profundo que -con el paso del tiempo- lo llevaría a ser considerado como uno de los derechos sociales fundamentales.

En efecto, como consecuencia de las terribles secuelas sociales que provocaba un sistema económico basado, precisamente, en una libertad formal de trabajar que, para los trabajadores, era doblemente aparente -en tanto, de un lado, al estar desprovistos de los medios de producción, trabajar era la única posibilidad de obtener el sustento que tenían (lo que atenuaba esa libertad, al constituir la única opción vital) y, del otro, no había suficiente oferta de empleo para absorber su demanda (situación que colocaba a los trabajadores desocupados, rotas las redes materiales de contención pre-capitalistas, y aun sin intervención estatal que compensara esa situación, en la marginalidad absoluta, a la vez que presionaba a la baja las condiciones laborales de los ocupados)- la exigencia del derecho al trabajo se convierte en un lema generalizado y una de las reivindicaciones populares fundamentales de la clase obrera francesa de la época, al punto tal que el 25 de febrero de 1848, al día posterior del estallido del movimiento revolucionario, el gobierno provisional publicó un decreto -redactado por Louis Blanc- en el cual se establecía el compromiso fundamental de asegurar el derecho al trabajo a todos los ciudadanos (Sastre Ibarreche, 1996: 30). (2)

En ese contexto, la libertad de trabajar y el incipiente derecho al trabajo de corte asistencial que había surgido con la revolución liberal de 1789 comienzan a transformarse -como consecuencia de la revolución obrera de 1848, fundamentalmente por la influencia del pensamiento de los teóricos del socialismo utópico, y con la férrea oposición de parte de los pensadores liberales (3) - en un *derecho subjetivo al trabajo*. (4)

(1) “La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar”.

(2) Precisamente -graficando esa contraposición entre la libertad de trabajar postulada por el liberalismo y el derecho al trabajo fundado en la concepción socialista- Blanc sostenía que la libertad de trabajar era una “falsa libertad” que solo podía adquirir un contenido real mediante el derecho al trabajo, que venía así a articular aquella libertad con el derecho a la vida de los trabajadores (Sastre Ibarreche, 1996: 31,32).

(3) Los teóricos liberales más extremistas habrían de sostener que la elevación del trabajo al rango de derecho subjetivo encerraba el problema de “legitimar la lucha de clases”, al punto tal que Tocqueville vería en el derecho al trabajo la ruptura con la Revolución de 1789 y el “fin de la propiedad privada” (Sastre Ibarreche, 1996: 33-35).

(4) De allí que la revolución de 1848 haya sido considerada como un momento central en la historia del derecho al trabajo y hasta del devenir histórico de todos los derechos humanos (Sastre Ibarreche, 1996: 30- 35).

Es interesante destacar cómo ese naciente derecho al trabajo aparecía, en sus primeras formulaciones, vinculado, incluso en el pensamiento socialista utópico, con el derecho de propiedad. En ese sentido, recuerda Sastre Ibarreche que Louis Blanc defendía la idea del derecho al trabajo como legitimador de la propiedad y vía de acceso por los trabajadores a la misma, es decir una forma de alcanzar una propiedad más universal e igualitaria, mientras que Considérant -un discípulo de Fourier- vio en el reconocimiento del derecho al trabajo una “*especie de indemnización para los no propietarios*”, que tenía la función de asegurar a los trabajadores un mínimo existencial en la misma medida en que le era garantizado “*al hombre salvaje por sus derechos a la caza, la pesca, el pastoreo y la recolección*”.

(5)

Puede apreciarse en las ideas de estos pensadores franceses como el reconocimiento de la degradación de la situación material de los trabajadores en el capitalismo en comparación con los sistemas de producción anteriores (graficada a través de la comparación con el “hombre salvaje”), tiene como consecuencia la reivindicación y la posterior conquista del derecho al trabajo en tanto mínimo existencial, sucedáneo de la propiedad (6), que asegure las condiciones materiales de los no-propietarios, lo que permite vincular claramente a ese derecho con la teoría de la *propiedad del empleo* que habría de surgir posteriormente también en Francia (7) y, por lo tanto, con el principio de estabilidad. De ese modo, se advierte que -al limitar el poder del empleador de *matar al contrato sin decir porqué* (Romagnoli, 1997:137), asegurando la permanencia del trabajador en el empleo y, con ella, la continuidad del salario alimentario, única opción vital del asalariado- el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo surgen como herramientas centrales para compensar el absoluto desequilibrio y desigualdad en la que se encuentran los trabajadores frente a los empresarios, actuando como contrapesos que limitan la propiedad privada de éstos con el objeto de asegurar una cierta garantía material de subsistencia a las mayorías desprovistas de esa propiedad.

Sin embargo, pese al impulso fundante de la revolución de 1848 en la consagración del derecho al trabajo, su evolución no sería progresiva ni estaría exenta de retrocesos, ya que, acallados los ecos del movimiento revolucionario, el derecho al trabajo no logró ser constitucionalizado y tanto en Francia como en el resto de Europa se lo vuelve a enfocar, en la segunda mitad del siglo XIX, como un derecho de tipo asistencial, más que como un derecho subjetivo a exigir al Estado que garantice la obtención de un empleo adecuado (al que carece de él) o su conservación (al que ya lo ha obtenido).

(5) Esa idea de asegurar a todos los individuos un mínimo existencial como forma de recuperar la garantía de subsistencia (Orsini, 2005: 13-14) perdida por los trabajadores con el capitalismo había sido anticipada por el propio Fourier -que ha sido considerado el “padre del derecho al trabajo”- quien había sostenido que debido a la pérdida -a causa del proceso civilizador- de los derechos naturales de los disfrutaba el hombre en estado salvaje, este debía ser recompensado por el derecho al trabajo, “el primero y fundamental de los derechos humanos” (Sastre Ibarreche, 1996: 29).

(6) Explica el sociólogo francés Robert Castel que la sociedad salarial, construida sobre el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, permite el acceso a la ciudadanía social a partir del acceso masivo a la “propiedad social,” que representa un homólogo de la propiedad privada, es decir una propiedad para la seguridad puesta a disposición de aquéllos que estaban excluidos de las protecciones que procura la propiedad privada. Así, la propiedad social produce “equivalentes sociales” de las protecciones que antes solo estaban garantizadas por la propiedad privada (Castel, 2004: 41). Es interesante advertir que la idea de “propiedad social” fue tomada por Castel de autores republicanos franceses del siglo XIX (entre los que destaca especialmente a Foullicé, Alfred, “La propriété social et la démocratie”, París, 1884), lo que autoriza a presumir un nexo con el derecho al trabajo y, por ende, con el principio de estabilidad.

(7) El primer jurista que hubo de teorizar extensamente a la estabilidad como “derecho a la propiedad del empleo” fue nada menos que George Ripert, en su obra “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno” (Granada: Comares, 2001), que fue publicada originalmente en el año 1946. Con todo, la idea había sido deslizada por el autor en un artículo previo (RIPERT, George, “Una nouvelle propriété incorporelle, la clientèle de représentant de commerce”, D.H, París, 1939, Chronique). Luego, fue retomada y profundizada por autores italianos, alemanes y norteamericanos. En nuestro país, el concepto ha sido reflatado recientemente, en clara vinculación al derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo, por Ricardo J. Cornaglia (Cornaglia, 2004: 9).

Será pues, con el proceso de constitucionalización de los derechos sociales que comenzó en la segunda década del siglo XX y se universalizó en la segunda posguerra mundial cuando el derecho al trabajo arribará, para quedarse, a la mayoría de las constituciones nacionales dictadas a partir de entonces (8) y se cristalizará en buena parte de las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos -tanto de carácter universal (9), como regional (10)- como un derecho fundamental de todas las personas.

Así, influido fuertemente en su configuración por el pensamiento socialista francés, el núcleo esencial del derecho al trabajo se construye -en su formulación originaria- como el derecho de todos los sujetos a obtener un trabajo adecuado a su capacidad, es decir el derecho a que los poderes públicos, sometidos así a una correlativa obligación jurídica, proporcionen trabajo a quien no lo tiene, como derecho de crédito a una prestación positiva (Peces-Barba Martínez, 1990: 4-7). Empero, esa noción inicial, algo relativizada posteriormente, no agota el contenido del derecho al trabajo (pues también implicará, entre otras derivaciones, el derecho a *conservar* el empleo ya obtenido), ni tampoco los sujetos a los que obliga (pues también tiene eficacia entre privados y no sólo frente al Estado).

En efecto, según lo ha precisado muy claramente el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia N° 22/81 (del 2/7/1981), el derecho al trabajo tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su dimensión individual, el derecho al trabajo implica la igualdad de oportunidades para acceder a un puesto de trabajo concreto si se cumple con los requisitos de capacitación y, además, *el derecho a la continuidad y a la estabilidad en el empleo*. Mientras que en su vertiente colectiva, el derecho al trabajo se configura como un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.

No nos detendremos aquí -por resultar ajeno al tema de nuestra investigación- en la añeja y artificiosa discusión acerca del carácter operativo o “programático” del derecho al trabajo. Solo señalaremos, en relación a ello, que la Constitución es una norma jurídica y no una mera declaración lírica de intenciones o una formulación de carácter retórico o pedagógico. (11) Por lo tanto, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vincula, al igual que los restantes derechos constitucionales, a todos los poderes públicos, que están obligados a garantizar su efectividad. (12)

2. Derecho al trabajo y principio de estabilidad en el empleo: el derecho al trabajo como límite al despido injusto

Formulada esa breve y muy elemental caracterización histórico-jurídica del derecho al trabajo, corresponde que ingresemos ahora a examinar de qué manera contribuye ese derecho constitucional a garantizar la estabilidad en el empleo.

(8) Consagraron expresamente el derecho al trabajo, entre otras, las Constituciones de Italia de 1947 (art. 4), la de Francia de 1958 (párrafo cuarto del Preámbulo), la de Portugal de 1976 (arts. 51 y 52), la de España de 1978 (art. 35) y las de Perú de 1979 (art 42) y 1993 (art. 22).

(9) Art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Art. 11.1.a. de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

(10) Art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. I de la Parte II de la Carta Social Europea.

(11) Recientemente, y precisamente en un caso en el que descalificó la validez constitucional de una norma laboral regresiva (art. 6, ley 24.557) por contraria a derechos sociales fundamentales (entre otros, el derecho al trabajo) la Suprema Corte de Buenos Aires ha destacado “la trascendencia suprallegal y la plena operatividad y juridicidad por oposición a un papel meramente programático o tendencial de la Constitución Nacional y los compromisos internacionales relativos a derechos humanos vinculados al desarrollo social” (SCBA, 17/12/2008, “B.,C c/ Du Pont”).

(12) Una lúcida crítica a las “tesis negativistas” que consideran al derecho al trabajo como una “fórmula mágica”, puede consultarse en Baylos Grau (2004: 26, 29). Asimismo, ver la opinión de Palomeque López, en el prólogo al ya citado libro de Sastre Ibarreche (Sastre Ibarreche, 1996: 16).

No se requieren elucubraciones teóricas muy profundas para advertir que si existe un derecho al trabajo, la privación al trabajador del empleo que posee cuando no existe una causa a él imputable que justifique ese accionar constituye una violación, por parte del empleador, de ese derecho humano constitucionalmente reconocido. Es que si el derecho al trabajo interioriza el objetivo constitucional de que todos los ciudadanos accedan al empleo, no parece dudoso que la privación injustificada de ese derecho a quien lo estaba ejerciendo legítimamente y no colocó motivo alguno que justificara esa exclusión, importa una flagrante transgresión de ese derecho. De allí que resulta evidente que existe entre el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo una relación indisociable que, a la vez que potencia notablemente la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados, limita sustancialmente la arbitrariedad empresarial en lo que respecta a la duración y la extinción de los contratos de trabajo. Así, el derecho al trabajo se convierte en un indiscutible *límite constitucional* al despido injusto.

En consecuencia, si bien es cierto que esa función de operar como un vallado definitivo al despido libre no agota en lo más mínimo el contenido del derecho al trabajo (que excede ampliamente los confines de la estabilidad), no lo es menos que se constituye como una de sus misiones más importantes y a la vez menos controvertidas.

Así, en el derecho comparado la doctrina científica y judicial han resaltado de manera unánime esta configuración del derecho al trabajo como garantía del principio de estabilidad y límite constitucional contra el despido injustificado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido -en la ya mencionada sentencia N° 22/1981- que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo no solo abarca la posibilidad de los trabajadores a acceder, en igualdad de condiciones, a un puesto de trabajo concreto, sino también que, una vez obtenido éste, se concreta en "*el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*". Más aún: posteriormente el Tribunal Constitucional ha precisado, al dictar la sentencia N° 20/1994 (del 27/1/1994) que forma parte del *contenido esencial* del derecho al trabajo una determinada caracterización de la figura del despido. Así, el despido debe presentarse como un procedimiento, permitiendo la "visibilidad" del acto empresarial rescisorio -lo que implica la exteriorización formal de la causa de despido, posibilitando su reconocimiento por el trabajador en toda su potencialidad lesiva de su posición jurídica como titular del derecho a un puesto de trabajo-, a lo que cabe añadir la necesidad de un control judicial por el órgano jurisdiccional competente sobre la legitimidad del accionar empresarial, que puede ser desautorizado tanto en el aspecto formal como en el material (Baylos Grau, 2004:38).

Retomando y profundizando esos conceptos, la doctrina científica española ha destacado la íntima vinculación entre el derecho al trabajo, el principio de estabilidad y los sistemas de protección contra el despido.

En ese sentido, puntualiza Baylos Grau que uno de los aspectos fundamentales de la dimensión individual del derecho al trabajo es la que se refiere a la permanencia del trabajador en el empleo, lo que implica "*la enunciación de un principio de estabilidad en el empleo, concretizado, de manera limitada en la imposibilidad de ser despedido sin que concurra una justa causa, lo que definitivamente viene a significar el derecho del trabajador con empleo a no ser expropiado arbitrariamente del mismo*" (Baylos Grau, 2004: 35). De ese modo, el reconocimiento del derecho al trabajo ha sido "*el recipiente en el que la protección del trabajador frente al despido ha encontrado relevancia constitucional*" (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009: 51).

En la misma dirección interpretativa, afirma Montoya Melgar que la estabilidad es un principio decididamente acogido por el Derecho del Trabajo y que si bien la Constitución Española no lo consagra expresamente "lo reconoce de modo implícito al acoger el derecho al trabajo (art. 35.1.)" (Montoya Melgar, 2005: 137).

Por su parte, Sastre Ibarreche expresa que en el derecho al trabajo constitucionalmente diseñado aparecen individualizados tres aspectos: (i) la pretensión de conseguir una ocupación; (ii) que se tra-

te de un puesto adecuado; (iii) que se trate de un puesto estable. De allí que la exigencia de asegurar la estabilidad en el empleo ha constituido “la faceta individualizada en primer lugar del derecho al trabajo”, al punto que durante mucho tiempo “ha figurado como su manifestación predominante y casi exclusiva”. De modo tal que el derecho constitucional al trabajo proyecta una cierta virtualidad sobre el momento extintivo de la relación laboral en un doble sentido: exigiendo un conjunto de garantías para que pueda materializarse la extinción e imponiendo, en determinados casos, la obligación de readmitir al trabajador cuyo despido no se ajusta a los requisitos legales (Sastre Ibarreche, 1996:231, 232).

Rodríguez Piñero ha señalado que el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo comporta repercusiones muy importantes sobre la ocupación del trabajador y la estabilidad en el empleo, habida cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de ese derecho, por lo que tiene que ser debidamente justificada (Rodríguez Piñero, 1978: 25). De igual modo, Martín Valverde puntualiza que “*las limitaciones más clásicas de la autonomía empresarial como consecuencia del reconocimiento del derecho al trabajo son las que se refieren a la exigencia de una causa grave para la justificación de los despidos individuales*” (Martín Valverde, 1980:202).

Las opiniones citadas -provenientes de calificados autores, de diversas corrientes de pensamiento- no agotan las posiciones que en la doctrina española han vinculado al derecho al trabajo con el principio de estabilidad, pero son suficientes para ilustrar la trascendencia que en esta materia ha tenido la constitucionalización del derecho al trabajo. Tanto es así que es unánime la conclusión de que, a partir de ese reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, el despido incausado o ad nutum es definitivamente inconstitucional, de lo que derivaría la flagrante inconstitucionalidad de una norma legal que estableciera un sistema de despido libre (Baylos Grau, 2004: 38; Alarcón Caracuel, 1979:29; López Gandía, 1980:150; Monereo Pérez y Molina Navarrete, 2002:1332). Es que las limitaciones que, en tanto derecho constitucional, el derecho al trabajo impone al derecho de libertad de empresa -en cuanto exige que el despido debe ser un acto causal, formal y sometido a control jurisdiccional- se derivan directamente del texto constitucional, no resultando el producto de una opción política coyuntural que pueda ser dejada de lado por el ordenamiento legal (Baylos Grau, 2004: 40).

También en Italia notables representantes de la academia han destacado que la estabilidad en el empleo es la principal manifestación del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido (Rognoli, 1998:13).

En ese sentido, al refutar categóricamente las tesis que postulan el carácter “programático” de las normas constitucionales que consagran derechos sociales y niegan su condición de derechos subjetivos y exigibles, recuerda Luigi Ferrajoli que el fue precisamente con base en ese derecho al trabajo -consagrado en el art. 4 de la Constitución de Italia- que, aun en ausencia de normativa legal que estableciera la protección de la estabilidad, la Corte Constitucional de ese país no sólo sostuvo por primera vez que el derecho de rescisión del contrato de trabajo por el empresario no era ilimitado, debiendo ceder ante el derecho al trabajo el derecho a la libre iniciativa económica (sentencia N° 49, del 9/6/1965), sino que también se declararon ilegítimas e ineficaces las discriminaciones arbitrarias en los despidos (sentencias N° 174, del 14/7/1971 y N° 176, del 7/7/1986) (Ferrajoli, 2006: 109, 110).

Es evidente, por lo demás, que esos lineamientos de aquella jurisprudencia constitucional italiana de la década del sesenta influyeron en la reglamentación legal que poco tiempo después se hizo en ese país de la tutela contra el despido, que concluyera en el famoso art. 18 del Estatuto de los Trabajadores de 1970, norma que estableció la estabilidad real o absoluta para los trabajadores del sector privado, constituyéndose en el paradigma de la máxima intensidad de la tutela contra el despido injusto a nivel europeo (13), lo que permite convalidar la íntima relación del derecho al trabajo con el principio de estabilidad en el empleo y -por sobre todas las cosas- la absoluta compatibilidad y aun

(13) Norma aún vigente, pese a los embates cada vez más fuertes que -hasta ahora sin éxito- viene recibiendo de los sucesivos gobiernos neoliberales. italianos. Para un análisis actual del sistema de estabilidad real en el derecho italiano, ver NAPOLI (2002: 9/17). Asimismo, los artículos incluidos en los extraordinarios números especialmente

una cierta indisociabilidad entre ese derecho constitucional y el sistema más intenso de protección contra el despido arbitrario: el que habilita al trabajador injustamente despedido a ser reincorporado en su puesto de trabajo.

Por otra parte, en los países latinoamericanos también se ha destacado en la doctrina la estrecha vinculación que existe entre el derecho al trabajo y el principio de estabilidad en el empleo.

En México (cuya Ley Federal de Trabajo también consagra un sistema de estabilidad absoluta), sostiene De Buen que el derecho al trabajo es uno de los fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral, afirmando que “El derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestaciones. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, del derecho a conservar un empleo”, para añadir posteriormente que esta segunda faceta del derecho al trabajo se identifica con el principio de estabilidad en el empleo (De Buen, 1981: 80). En Perú, la relación entre el derecho al trabajo y estabilidad es subrayada por Blancas Bustamante, quien -en línea con lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional de ese país- señala que el despido lesivo de derechos constitucionales trae consigo la afectación del derecho al trabajo reconocido en el art. 22 de la Constitución peruana (Blancas Bustamante, 2002:79).

3. El derecho al trabajo en el derecho argentino

En el caso de la República Argentina, la Constitución no consagró, en su versión originaria (1853), el derecho al trabajo. (14)

Hubo que esperar hasta el año 1949 para que la Constitución dictada ese año, que derogó enteramente la de 1853, incorporara a nivel nacional algunos de los postulados del constitucionalismo social, entre los cuales incluyó, en el artículo 37, el *derecho de trabajar*. (15)

Sin embargo (aunque -más allá de la denominación utilizada- la filiación política de la norma, y la referencia a la obligación de “proveer ocupación a quien la necesita”, parecían indicar que se había receptado allí el derecho *al* trabajo) no hubo muchas oportunidades de que los debates jurídicos aclarasen los alcances de esa cláusula constitucional, toda vez que, como es sabido, la Constitución de 1949 fue derogada pocos años después (1955). Reestablecida la vigencia de la Constitución de 1853, en 1957 una reforma constitucional le agregó a su parte dogmática un artículo (“14 bis”), que incorporó los derechos sociales ausentes en su originaria concepción liberal.

dedicados al tema en la revista “Lavoro e Diritto”, dirigida por el eximio Profesor Umberto Romagnoli, “La stabilità come valore e come problema”, números 3/2007 y 4/2007, Il Mulino, Bolonia, otoño de 2007.

(14) Imbuida, como era lógico para la época, de los principios del constitucionalismo liberal decimonónico, la Constitución de 1853 consagró expresamente el “derecho de trabajar” en su art. 14, es decir la clásica libertad de trabajar de sesgo individualista tan cara a las constituciones liberales de la época. Es evidente que nunca pudo pensarse en instaurar en dicha constitución, basada en los postulados liberales individualistas en boga en aquel momento, el moderno derecho social al trabajo que por entonces recién había comenzado a gestarse en los países europeos y llegaría a las constituciones europeas casi un siglo después, en la segunda posguerra. En consecuencia, no puede confundirse el derecho de trabajar (art. 14, CN) con el derecho al trabajo (art. 75. inc. 22 CN, por remisión a la Declaración Universal y al PIDESC), que tienen orígenes históricos y funciones completamente distintas. La diferencia semántica que se deriva de modificar la proposición (“de” por “a”) en modo alguna resulta menor. Si el derecho de trabajar impone al Estado garantizar a los ciudadanos que no se viole la facultad de desarrollar libremente la actividad productiva, el derecho al trabajo lo obliga, en cambio, a garantizar la obtención y el mantenimiento del empleo por parte de los ciudadanos. El primero es un derecho individual liberal producto del constitucionalismo clásico, dirigido a evitar cualquier forma de obstaculización a la libre circulación y apropiación del trabajo (originalmente, la que provenía de la estructura corporativa del trabajo gremial); el segundo, un típico derecho social producto del constitucionalismo social, orientado a revertir las consecuencias sociales que generó esa libre apropiación ilimitada del trabajo ajeno.

(15) “El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar deber ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite”.

Con todo, y sin menoscabo de su notable importancia, dicho artículo no receptó expresamente el derecho al trabajo.

Fue, en cambio, con la reforma constitucional de 1994 cuando el derecho al trabajo adquirió definitivamente carta de ciudadanía constitucional en el derecho argentino. Ello así pues, aunque en esa ocasión no se modificó la parte dogmática de la Constitución, se incorporaron a ella una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que se les reconoció jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), entre los cuales se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y el P.I.D.E.S.C., instrumentos que consagran expresamente el derecho al trabajo como derecho humano.

Si bien esos tratados internacionales ya habían sido incorporados al ordenamiento jurídico interno con jerarquía legal, la elevación del derecho al trabajo al rango constitucional constituyó un avance notable, en tanto quedó situado exactamente en el mismo nivel que los restantes derechos constitucionales y, por tanto, por encima de todas las normas infraconstitucionales, incluyendo las leyes laborales que regulan las relaciones de trabajo.

A ello cabe añadir que, a partir de la reforma constitucional, la Constitución establece que, independientemente de aquellos instrumentos específicos a los que se reconoció jerarquía constitucional, todos los tratados internacionales adoptados por la Nación revisten jerarquía superior a las leyes internas, lo que resulta de interés para el tema que estamos analizando, toda vez que Argentina ha incorporado a su ordenamiento el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") que reconoce expresamente no sólo el derecho al trabajo, sino también a la estabilidad en el empleo como derivación de aquél.

De modo que, a partir de la reforma constitucional de 1994, se han abierto en lo que respecta al tema que nos ocupa -vinculación entre el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo- una serie de potenciales consecuencias que hasta el momento han sido casi inexploradas por la doctrina y la jurisprudencia nacionales (16), pero que obligan a los juristas a analizar, como primera medida, si esas leyes laborales previas a la constitucionalización del derecho al trabajo resultan compatibles con éste o si, por el contrario, se han convertido en inconstitucionales a partir de esa jerarquización.

Con todo, en los últimos tiempos han comenzado a aparecer los primeros desarrollos sobre la temática que venimos analizando.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia ha dado un paso trascendente en esa dirección cuando, en el año 2004, en oportunidad de pronunciarse sobre la invalidez constitucional del tope a la indemnización por despido injustificado, tras catalogar expresamente al derecho al trabajo como un derecho humano (17), ha señalado que el mismo es "*comprendido del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase éste*". (18) Dicha definición fue reiterada por el Alto Tribunal en numerosas ocasiones posteriores, generalmente al resolver temas vinculados a la estabilidad en el empleo. (19) De ello se colige que, en el criterio del máximo tribunal argentino,

(16) Esa situación pareciera explicarse, en rigor, por dos motivos: (i) la tardía recepción constitucional del derecho al trabajo en nuestro país, ocurrida hace apenas 18 años; (ii) la circunstancia de que -a diferencia de lo que ocurrió en otros países, en los cuales el derecho al trabajo era la única herramienta constitucional para garantizar la tutela contra el despido injusto- el principio de estabilidad ya había sido constitucionalizado en Argentina a través de la introducción -en 1957, art. 14 bis de la Constitución- de las garantías de protección contra el despido arbitrario y estabilidad de los empleados públicos y los representantes gremiales.

(17) C.S.J.N., 14/9/2004, "Vizotti, c/ Amsa S.A.", considerando 8, párrafo 3º (revista La Ley, suplemento especial del 17/9/2004).

(18) Fallo citado en la nota anterior, considerando 10º, párrafo 2º.

(19) Ver, por ejemplo, C.S.J.N., 7/12/2010, "Alvarez c/ Cencosud S.A." (La Ley, 2011-A, p. 177), donde declaró que, en tanto el Estado Argentino ha asumido la obligación de proteger los derechos humanos, ello le exige la adopción de "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (consid. 6º del voto

existe una indisociable relación entre el derecho constitucional al trabajo y el principio de estabilidad. Por lo demás, la tendencia ha sido continuada por los tribunales nacionales especializados, que han invocado frecuentemente el derecho al trabajo para privar de eficacia a los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales (Orsini, 2008:113; 2012: 237).

También la doctrina científica ha comenzado a advertir las profundas implicancias que tiene la constitucionalización del derecho al trabajo. En ese sentido, ha señalado Cornaglia que el derecho al trabajo es la norma constitucional que resguarda, por excelencia, la estabilidad como derecho del trabajador (Cornaglia, 2004:9). La íntima relación entre derecho al trabajo y estabilidad también ha sido advertida en un reciente y profundizado trabajo de investigación, en el que se sostiene que ese derecho constitucional es fundamento suficiente para sustentar la nulidad de los despidos injustificados (Meik, 2010:285).

A ello cabe añadir las profundas implicancias que trae aparejadas el hecho de que el derecho al trabajo haya sido incorporado a la Constitución por la vía de la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Es que, según lo dispone el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esos tratados rigen en el ámbito interno "en las condiciones de su vigencia", lo que significa -según lo ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema- que sus cláusulas deben ser aplicadas en el ámbito interno tal como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su efectividad. (20) Ello reviste particular importancia en lo que respecta al derecho al trabajo, toda vez que en el ámbito del P.I.D.E.S.C. (cuyo art. 6, que garantiza el derecho al trabajo, es parte de la Constitución Nacional), el órgano respectivo -Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- ha dictado recientemente la Observación General 18 sobre el derecho al trabajo (24/11/2005), que tiene una trascendencia mayúscula en relación al tema que venimos analizando.

En lo que respecta a la estabilidad en el empleo, la Observación establece que el derecho al trabajo incluye el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta, ilegítima o injustificada. En consecuencia, se ha sostenido que, de conformidad al Tratado analizado, el Estado debe adoptar medidas para velar porque las empresas o los particulares no priven a las personas del derecho al trabajo, lo que conduce, necesariamente, a que aquél imponga la debida protección contra todo tipo de despido injustificado, de modo tal que "El 'derecho al trabajo' también se concreta en el 'derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo', es decir, a no ser despedido 'si no existe una justa causa'" (Gialdino, 2006: 2089).

A lo señalado cabe añadir que el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales -ratificado por Argentina, y con jerarquía supralegal (art. 75.22, C.N.)- también consagra expresamente no sólo el derecho al trabajo (art. 6), sino también el principio de estabilidad (art. 7), admitiendo expresamente la readmisión como forma de reparar la violación de esos derechos humanos. (21)

de la mayoría), lo que llevó a la Corte a convalidar la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador. Dicha expresión fue reiterada más recientemente por el Alto Tribunal (C.S.J.N., 15/11/2011, "Pellicori c/ Colegio Público de Abogados", inédito, consid. 5°).

(20) A partir del precedente "Giroldi" (CJSN, 7/4/1995, Fallos: 318: 514, considerando 11). En doctrina, se ha sostenido al respecto que el conjunto de Observaciones Generales dictadas por los órganos internacionales resulta un corpus vasto, de inocultable riqueza y en permanente vías de expansión y actualización constituyendo la única "interpretación autorizada" de los textos internacionales, es decir una suerte de "interpretación auténtica" de los Tratados Internacionales, resultando lisa y llanamente "fuentes del Derecho Constitucional Argentino" (Gialdino, 2006: 2085).

(21) El art. 6 del Protocolo consagra el derecho al trabajo y su art. 7 aclara que para garantizar ese derecho, los Estados Partes deberán asegurar en sus legislaciones, de manera particular, "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de sus empleos y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional".

En suma, la incorporación, en 1994, del derecho al trabajo en la Constitución Nacional ha tenido, por las razones expuestas, una trascendencia central para reforzar el principio de estabilidad, previamente amparado por la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario.

4. Dos posibilidades inexploradas y una pregunta incómoda a modo de conclusión: ¿es compatible el derecho constitucional al trabajo con el sistema legal de “estabilidad relativa impropia”?

Como corolario de lo hasta aquí señalado, cabe concluir que la constitucionalización del derecho al trabajo en la mayoría de las Constituciones sancionadas a partir de la segunda mitad del siglo XX ha supuesto un respaldo contundente al principio de estabilidad en el empleo y a la protección contra el despido injustificado.

Por tanto, a partir del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, ha quedado fuera de discusión que la estabilidad no es una forma coyuntural de regular las relaciones laborales, sino un principio fundamental que no puede estar ausente de los ordenamientos jurídicos laborales. Ergo, no es constitucionalmente posible que el ordenamiento legal prescinda de alguna forma efectiva y adecuada de protección contra los despidos injustificados.

Tampoco parece discutible que, como lo ha destacado la mejor doctrina científica europea y latinoamericana, la mejor forma de proteger efectivamente el derecho al trabajo consiste en garantizar medidas que aseguren de manera eficaz la restitución en el goce del derecho constitucional al trabajador que ha sido injustificadamente privado del mismo, lo que solo puede alcanzarse acabadamente mediante la nulidad del despido y la consiguiente readmisión en el empleo de quien ha sido injustamente despedido.

Y aquí es donde surge una pregunta incómoda, de respuesta abierta y consecuencias muy relevantes para el sistema de relaciones laborales: ¿es compatible el derecho constitucional al trabajo con el sistema legal de “estabilidad relativa impropia”, es decir, con un mecanismo que le reconoce eficacia extintiva irreversible al despido dispuesto por el empresario sin justa causa, a cambio del pago de una indemnización tarifada? En otras palabras: ¿puede ponerse un precio al derecho humano al trabajo?

En suma, si la consagración constitucional del derecho al trabajo impone necesariamente que se proteja en forma eficaz la estabilidad en el empleo, resta discernir si esa constitucionalización predetermina también el grado de intensidad de la tutela.

En el derecho comparado, calificadas opiniones han postulado una cierta vinculación necesaria entre el derecho al trabajo y la estabilidad real o absoluta, es decir, con el sistema de tutela que garantiza al trabajador afectado por un despido arbitrario la posibilidad de reclamar su nulidad y la consecuente reinstalación en el puesto de trabajo del que fue ilícitamente privado.

En la doctrina científica española no son pocos los autores que han puesto de manifiesto que, en rigor, esa es la solución más acorde con el genuino respeto al derecho al trabajo constitucionalmente garantizado.

Al respecto, sostiene Baylos Grau que en aquellos casos en los cuales el despido es el producto de la pura arbitrariedad empresarial es viable solicitar la nulidad del despido incausado sobre la base de que vulnera el derecho al trabajo, incluyendo a esa clase de despidos en el área de la estabilidad real, que impone la readmisión compulsoria (Baylos Grau, 2004:41). De otra forma, las exigencias causales derivadas del art. 35 de la Constitución Española por lo que al despido toca “se quedan en papel mojado” (Baylos Grau, 2003:39), en tanto el derecho al trabajo, sufriría una “expropiación sustancial” al quedar reducido al derecho a una suma dineraria, por lo que su eficacia se garantiza mucho mejor mediante la generalización de la readmisión forzosa como garantía frente al despido irregular (Baylos Grau y Pérez Rey: 2009: 63).

En la misma dirección apunta Montoya Melgar cuando, explicando las implicancias que tuvo la incorporación del derecho al trabajo en la Constitución española, sostiene que “el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente

debiera jugar a favor de la readmisión forzosa del despedido sin causa” (Montoya Melgar, 1980: 287). Como asimismo, Sastre Ibarreche, quien, tras destacar que la readmisión del trabajador injustamente despedido constituye uno de los aspectos que tradicionalmente vienen considerándose como manifestación del derecho al trabajo, añade que la estabilidad “obligatoria” (“relativa” para los latinoamericanos) “no satisface completamente las exigencias del derecho al trabajo”, cuyas implicancias tienen más que ver con el modelo de estabilidad “real” (“absoluta”, para nosotros), que es el que mejor se acopla con el art. 35.1 de la Constitución española, en cuanto consagra el derecho al trabajo. En consecuencia -concluye dicho autor- la única forma de garantizar ese derecho, pasa por atribuir al trabajador despedido el derecho de optar entre indemnización o readmisión, asegurando, en caso de que escoja esta última, su plena efectividad, de modo que no pueda ser sustituida por un equivalente pecuniario (Sastre Ibarreche, 1996: 249, 255).

Ergo, queda claro que en el derecho español la asignación de jerarquía constitucional al derecho al trabajo no sólo importó un blindaje del principio de estabilidad, imponiendo la prohibición radical de admitir el despido libre y exigiendo la formalidad, causalidad y judiciabilidad de la decisión patronal de despedir, sino que también posibilita -para calificada doctrina- la nulidad de todos los despidos que, al carecer de una justificación legalmente atendible, resultan violatorios del derecho constitucional al trabajo.

Contundente respaldo ha recibido la misma relación derecho al trabajo/estabilidad absoluta/nulidad del despido en la doctrina italiana.

Así, son muchos y muy prestigiosos los autores que postulan que el derecho al trabajo otorga adecuado sustento a la reinstalación en el empleo del trabajador injustamente despedido (por todos, Giugni, 1998: 62,63). En particular, merece traerse a colación la recordada expresión del Mancini, quien sostenía que, en rigor, los poderes públicos disponen de un solo medio para asegurar la efectividad del derecho al trabajo, entendido como derecho a conservar el empleo: condicionar la facultad empresarial de despedir a la presencia de motivos graves y arbitrar procedimientos que permitan al trabajador reanudar su actividad profesional si dichos motivos se demuestran insuficientes (Mancini, 1973:724). También, la gráfica frase de Hepple, quien, refiriéndose al derecho italiano, sostiene que a la pregunta de que en qué medida existe un derecho al trabajo ha de responderse examinando en qué medida el trabajador injustamente despedido puede alcanzar su readmisión en el puesto de trabajo (Hepple, 1982: 663).

Ya en América Latina, ha señalado el Tribunal Constitucional de Perú (sentencias del 6/11/1998, 21/1/1999 y 30/9/1999) que, en tanto el despido violatorio del derecho constitucional al trabajo resulta un acto desprovisto de juridicidad y viciado de inconstitucionalidad, se justifica la reposición de los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo (Blancas Bustamante, 2002: 79). Por otra parte, países como México y Honduras hacen derivar del derecho al trabajo legislaciones que establecen la estabilidad absoluta de los trabajadores en el ámbito privado.

Sobre la base de los antecedentes existentes en el derecho comparado, corresponde ahora analizar si es posible aproximarnos, en nuestro país, a una respuesta a la pregunta que nos hemos formulado en el título del presente apartado.

De inicio, pensamos que, aunque probablemente todavía no estén maduras las uvas para brindar una respuesta categórica y definitiva, ese interrogante complejo no puede prescindir -en el estado actual del derecho argentino- de dos líneas de análisis que, con el tiempo, podrían llegar a inclinar la respuesta por la negativa.

En ese sentido, creemos que en nuestro derecho hay por lo menos dos *posibilidades inexploradas* que merecen un tránsito intelectual que -teniendo como norte la efectiva vigencia del derecho al trabajo- ha de ser emprendida con la brújula del pensamiento crítico.

(i) En primer lugar, es evidente que la constitucionalización del derecho al trabajo impone, necesariamente, reformular el análisis de la validez constitucional del sistema de (in)estabilidad que

establece la legislación infraconstitucional (o, cuanto menos, revisar los criterios con los que debe ser interpretado).

Así el ineficiente y desprotectorio mecanismo de estabilidad relativa impropia (art. 245, L.C.T.) debería ser nuevamente confrontado con los derechos constitucionales que protegen la estabilidad de los trabajadores (la “vieja” protección contra el despido arbitrario del art. 14 bis de la CN, ahora reforzada por el “nuevo” derecho al trabajo incluido vía art. 75 inc. 22 de la CN). Ello podrá ser efectuado por el clásico conducto del control de constitucionalidad (mediante la cual podría eventualmente declararse la invalidez de las disposiciones que, al asignarle eficacia extintiva al despido injustificado a cambio de una tarifa en dinero, vacían de contenido el derecho al trabajo), o bien mediante una interpretación neo-constitucional de la legislación vigente que, aun sin necesidad de descalificar esa normativa infraconstitucional, habilitase una hermenéutica dirigida a priorizar los estructurales derechos fundamentales establecidos en la Constitución por sobre los coyunturales mecanismos legales. En este último supuesto, no es descabellado pensar que, con arreglo al sistema de la pluridimensión de responsabilidades, la indemnización tarifada por despido, interpretada en clave garantista, debería jugar como un piso mínimo irrenunciable legalmente presumido que no enervaría la posibilidad del trabajador de solicitar la nulidad del despido -y/o la reparación integral de daños- (Elffman, 2000: 248, 249) como respuesta a la violación del derecho humano al trabajo.

De mínima, no podrá menos que aceptarse que la constitucionalización del derecho al trabajo des- tierra definitivamente hacia el pasado ominoso la cuestionable interpretación judicial que en algún momento llevó a sostener, inexplicablemente, la inconstitucionalidad de los sistemas de estabilidad absoluta que imponen -vía ley, estatuto profesional o convenio colectivo- la reinstalación del trabajador injustamente despedido en el ámbito de las relaciones laborales privadas. Si semejante despropósito hermenéutico fue duramente cuestionado por nuestra mejor doctrina a la luz del derecho de protección contra el despido arbitrario (López, 1969: 385), ninguna duda puede cabe en torno a que, potenciado y reforzado éste por el derecho al trabajo, esta doble protección constitucional de la estabilidad en el empleo despeja toda posible discusión: en tanto la interpretación doctrinal del derecho al trabajo ha postulado desde siempre que el mejor mecanismo de hacerlo efectivo es aquél que permite privar de eficacia extintiva al despido que se demuestra injustificado, nunca podría sostenerse la inconstitucionalidad de un sistema legal que receptara tal solución. Ergo, mal podría oponerse el derecho de propiedad del empleador para fundar la descalificación de cualquier norma infraconstitucional que contemplase la estabilidad absoluta o real. (22)

Por lo demás, cuadra traer a colación que, en el párrafo 11 de la ya citada Observación General N° 18, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó que: “el convenio OIT 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) define la ilegitimidad del despido en su art. 4 e impone, en particular, la necesidad de proporcionar motivos válidos para el despido”, lo que ha llevado a Gialdino a sostener que “no parece que queden dudas, entonces, de que para el CDESC la legalidad del despido, como protección del derecho al trabajo del PIDESC, está regida en términos al menos equivalentes a los del art. 4 convenio OIT. 158”, por lo que resulta indudable que la tutela contra el despido injustificado puede asumir -dentro del PIDESC, y como medio de proteger el derecho al trabajo- la forma de la reinstalación (Gialdino, 2006: 2089). De modo que -resultando esa observación del Comité una referencia insoslayable para la interpretación del derecho al trabajo en el ámbito interno y, en tanto, como es sabido, el estado no puede invocar disposiciones de derecho local para incumplir o desplazar una norma internacional (salvo que aquéllas fuesen más favorables al trabajador)- debe

(22) Así lo ha resuelto recientemente la Corte Federal, cuando, al decretar la nulidad del despido discriminatorio en el ya citado precedente “Alvarez c/ Cencosud” pasó definitivamente a retiro a los añejos precedentes “De Luca c/ Banco Francés” (1969) y “Figueroa c/ Loma Negra”, (1984) señalando que -de un lado- fueron resueltos en un marco constitucional distinto (toda vez que, cuando fueron fallados, aun no habían sido constitucionalizados los tratados internacionales que garantizan el derecho al trabajo, consid. 7° del voto de la mayoría) y -del otro- solo un “entendimiento superficial” del art. 14 bis de la Constitución podría llevar a sostener que la garantía de protección contra el despido arbitrario allí plasmada impide la reinstalación en el empleo del trabajador despedido (consid. 9° del voto de la mayoría).

necesariamente concluirse que cualquier norma (o interpretación judicial) que estableciera la nulidad de un despido por violatorio del derecho al trabajo no podría ser válidamente esterilizada por la aplicación de ningún precepto jurídico nacional.

En síntesis: la Constitución reformada en 1994 invita a pensar que no existen mayores obstáculos para plantear que los despidos injustificados pueden ser privados de eficacia extintiva por vulnerar el derecho humano al trabajo.

(ii) La segunda posibilidad inexplorada en nuestro país en relación con el derecho al trabajo tiene que ver con su propia configuración como derecho humano y con las consecuencias jurídicas que -tanto con arreglo a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuanto según la consolidada tendencia jurisprudencial imperante en la Argentina- deben asignarse a los actos ilícitos -incluyendo los despidos- que vulneran esos derechos fundamentales.

En efecto, no hay ninguna duda de que el derecho al trabajo es un derecho humano, al punto tal que, como vimos, ha sido receptado a texto expreso en los arts. 23.1 de la Declaración Universal y 6 del P.I.D.E.S.C., entre otros instrumentos internacionales. Así lo ha reconocido explícitamente, por otra parte, nuestra Corte Suprema de Justicia, entre otros, en los ya citados precedentes “Vizzoti” (2004), “Alvarez” (2010) y “Pellicori” (2011).

Desde esa perspectiva, no puede soslayarse que tanto la doctrina como, fundamentalmente, los propios tribunales y órganos internacionales, han sostenido históricamente que la violación de los derechos humanos debe ser reparada, siempre y cuando fuese posible, restituyendo a la víctima en el goce del derecho vulnerado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado en forma reiterada que el principio en materia de violación a derechos y libertades humanas fundamentales es el de la reparación in natura, es decir, garantizar el goce del derecho conculcado mediante el restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la transgresión, (23) sin perjuicio, obviamente, de la reparación patrimonial complementaria que pudiera corresponder.

Teniendo en cuenta que en la materia que nos ocupa -despido injustificado- siempre es posible, en principio, la vuelta al *status quo ante* (obligando al empleador que despidió en violación al derecho humano al trabajo a readmitir al trabajador, privando de eficacia extintiva al despido), difícilmente pueda justificarse que esa violación deba resolverse -en todos los casos, y como única solución posible- convalidando la eficacia extintiva del despido a cambio de una reparación económica. Tanto es ello así que la propia Corte Interamericana ha aplicado esa solución en el célebre caso “*Baena*”, condenando al estado panameño a reincorporar a un número importante de trabajadores despedidos en vulneración al derecho fundamental de asociación. (24) No creemos que pueda plantearse válidamente que la solución deba ser distinta en la hipótesis que venimos analizando ¿O acaso vendrá algún iluminado a decirnos ahora (como se nos dijo en su momento que la tutela antidiscriminatoria era aplicable a todas las víctimas de discriminación menos a los trabajadores (25) que la obligación de restituir *in integrum* rige para remediar la violación de todos los derechos humanos menos la violación del derecho humano al trabajo? Semejante razonamiento implicaría tanto como sostener que

(23) “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral” (CIDH, 21/7/1989, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas”, Serie C No. 7, párr. 26, entre muchos otros).

(24) CIDH, 2/2/2001, “*Baena, Ricardo y otros c/Panamá*”.

(25) Cabe recordar que un minoritario sector de la doctrina y la jurisprudencia sostuvo en algún momento que la ley 23.592 no podía aplicarse a las relaciones laborales, por lo que los trabajadores discriminados no estaban habilitados a reclamar judicialmente la nulidad de los despidos discriminatorios, debiendo conformarse con una indemnización. Dicha tesis ha sido categóricamente descartada por la Corte Federal en el ya citado precedente “*Alvarez c/ Cencosud*” (7/12/2010), en línea con lo que venía sosteniendo la doctrina científica y judicial a lo largo y a lo ancho del país (por todos, Orsini, 2007:10; 2008: 113; 2012: 239).

hay derechos humanos de primera y derechos humanos de segunda (entre los que quedaría incluido el derecho al trabajo), por lo que debe ser censurado por discriminatorio e inconstitucional.

Por otra parte, frente al plexo de normas e interpretaciones auténticas mencionadas, no podrá invocarse que la legislación y/o las “prácticas” nacionales no habilitan la reinstalación de los trabajadores despedidos, habida cuenta que el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente puede llegar a generar la responsabilidad internacional del estado, sin que éste pueda eximirse de ella invocando la vigencia de normas internas menos favorables a la víctima de la violación del derecho humano. (26)

Es dable advertir, por lo demás, que en el ámbito específico del Derecho Internacional del Trabajo también se ha sostenido desde siempre que la mera reparación económica no alcanza para reestablecer la efectiva vigencia ante la violación de los derechos fundamentales laborales. En particular, los órganos de control de normas de la O.I.T. -tanto el Comité de Libertad Sindical (27), cuanto la Comisión de Expertos (28)- han dicho, por ejemplo, que el despido que constituye una discriminación o una represalia por el ejercicio de la libertad sindical, debe ser anulado, debiendo reincorporarse al trabajador despedido a su puesto de trabajo, resultando contrarias a los convenios internacionales las normas internas que convalidan la extinción indemnizada del contrato frente a la violación de derechos fundamentales. Ello sin mencionar que la propia normativa general de la O.I.T. sobre extinción del contrato de trabajo (art. 4, Convenio 158) impone como *solución prioritaria* la readmisión del trabajador frente al despido injusto.

Finalmente, no podemos soslayar que, en línea con esos principios, incluso puertas adentro de nuestro país, una ampliamente mayoritaria y ya consolidada tendencia doctrinaria y jurisprudencial, constitutiva de un *nuevo paradigma científico* en materia de estabilidad en el empleo, viene sosteniendo en la última década, que -aún en ausencia de una específica ley laboral que lo disponga, y con absoluta prescindencia de lo que establece el régimen legislativo infraconstitucional para la generalidad de los despidos incausados- pueden ser nulificados (con la consecuente readmisión del trabajador afectado) todos aquellos despidos que resulten discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales del trabajador (Orsini, 2008: 113; 2012: 239). Criterio que -como anticipé- ha sido contundentemente ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en recientes precedentes. (29)

Frente a este nuevo paradigma, la pregunta entonces surge inexorable: si -por un lado- *el derecho al trabajo es un derecho humano fundamental* (que comprende al derecho a no verse privado arbitrariamente del empleo ya obtenido), y -por el otro- se admite de manera prácticamente unánime que *los despidos discriminatorios o violatorios de derechos humanos fundamentales pueden ser privados de eficacia extintiva* (desplazando el sistema de “estabilidad relativa impropia”) ¿podría entonces soste-

(26) En ese sentido, la propia CIDH ha señalado: “El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.” (CIDH, 29/11/2006, caso “La Cantuta Vs. Perú”, párr. 200).

(27) “En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la legislación en todos los casos de despido injustificado despedir a un trabajador incluso si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical” (O.I.T., 1996: 153).

(28) “La Comisión estima que una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente (...) y que el reintegro del trabajador es la medida más apropiada”. (O.I.T., 1994: 108).

(29) CSJN, 7/12/2010, “Alvarez c/ Cencosud S.A.”; 23/6/2011, “Arecco c/ Praxair Argentina S.A.”; 23/8/2011, “Parra Vera c/ San Timoteo S.A.”.

nerse que todo despido injustificado puede ser nulificado en tanto vulnera, por definición, el derecho humano al trabajo?

A tenor del desarrollo argumental desplegado a lo largo del presente apartado, no parece necesaria demasiada argumentación adicional para fundar la respuesta afirmativa a ese interrogante. Ni, por lo tanto, para responder por la negativa la pregunta que titula este apartado: si el derecho al trabajo es un derecho humano y es válido privar de eficacia extintiva a los despidos que violan los derechos humanos, no debería descartarse la posibilidad de anular los despidos que violan el derecho al trabajo. La pregunta incómoda corre entonces el riesgo de transformarse en una *verdad incómoda*: es difícil sostener la compatibilidad del sistema de “estabilidad relativa impropia” con el rango constitucional del derecho al trabajo.

Es que -huelga señalarlo- la reinstalación del trabajador mal despedido es la solución que mejor se compadece con el carácter de derecho humano fundamental que se ha reconocido al derecho al trabajo en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

De lo contrario, si aceptásemos que el derecho al trabajo ni siquiera le brinda a su titular la posibilidad de mantener el empleo ya obtenido cuando no exista una causa que justifique su despido, estaríamos frente a un *derecho sin garantía*, en franca transgresión del art. 6 del PIDESC, que obliga expresamente a los estados a *tomar medidas adecuadas para garantizar el derecho al trabajo*.

En ese contexto, no sería descabellado sostener que todos los despidos injustificados deberían poder ser nulificados en tanto vulneran, por definición, *el pleno ejercicio sobre bases igualitarias del derecho humano fundamental al trabajo* (Orsini, 2012: 268, 269).

Parece evidente que la monetización del despido injusto, al convalidar la eficacia extintiva del despido a cambio de una indemnización, deja intacta -en sustancia- la violación del derecho al trabajo. En consecuencia, si convenimos en que el derecho al trabajo es un derecho humano, deberíamos descartar la solución indemnizatoria que prevé la legislación vigente, porque -como lo ha declarado la Corte Suprema, al pronunciarse precisamente sobre la nulidad de los despidos discriminatorios- el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos. (30)

Siendo ello así, se impone concluir que el intercambio de la violación del derecho al trabajo con dinero (desplazando la posibilidad de restablecer a su titular en el goce efectivo, lo que solo se puede lograr reinstalando al trabajador despedido) también entraña un conflicto con el carácter inalienable de ese derecho humano.

Con todo, en tanto el razonamiento plasmado en esta ponencia proviene de un tránsito intelectual por senderos prácticamente inexplorados hasta el momento en nuestro Derecho del Trabajo, lo que aquí se ha sostenido debe ser tomado, antes que como una verdad revelada, como un disparador de un tema que necesariamente debe ser debatido y profundizado en nuestro sistema jurídico de relaciones laborales. Consecuentemente, es dable esperar que, tanto cualitativa como cuantitativamente, más y mejores voces -provenientes de la doctrina científica y judicial, pero también, del poder legislativo y aun constituyente- tomen la posta para que -como críticamente lo advierte Ferrajoli -algún día el derecho al trabajo deje de ser considerado, por quienes pretenden vaciar de contenido a los derechos sociales, como la norma constitucional menos efectiva y más retórica (Ferrajoli, 2006:109).

5. Bibliografía

ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, EN: Revista de Política Social, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1979-121, 5-39.

BAYLOS GRAU, Antonio. “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, EN: La protección de los derechos fundamentales en el orden social. Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2003-21, 13-54.

(30) CSJN, 7/12/2010, “Alvarez, c. Cencosud S.A.” consid 8° del voto mayoritario.

- “Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional”, EN: Separata de la Revista Trabalhista, Río de Janeiro: ANAMATRA, 2004-10, 22-51.
- BAYLOS GRAU, Antonio y PEREZ REY, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Madrid: Trotta, 2009.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano. Lima: Ara, 2002.
- CASTEL, Robert. La inseguridad social ¿Qué es estar protegido? Buenos Aires: Manantial, 2004.
- CORNAGLIA, Ricardo J. “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación”, EN Revista La Ley, Buenos Aires, 18/8/2004, 9.
- DE BUEN, Néstor. Derecho del trabajo. México: Porrúa, 1981.
- ELFFMAN, Mario. “La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio”, EN: Revista de derecho laboral, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000-1, 241-269.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.
- GIALDINO, Rolando. “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, EN: Revista de derecho laboral y seguridad social, Buenos Aires, 2006-B, 2085-2095.
- GIUGNI, Gino. “Il diritto al lavoro e la trasformazioni dello Stato sociale”, EN: Mario Napoli (ed.). Costituzione, lavoro, pluralismo sociale. Vita e Pensiero: Milan, 1998.
- HEPPLE, Bob. “Essite un diritto al lavoro?”, EN: Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali. Milano: Franco Angeli, 1982-16, 647-672.
- LOPEZ, Justo. “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”, EN: Legislación del trabajo, Buenos Aires, 1969-XVII, 385-398.
- LOPEZ GANDIA, Juan. “Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución española”, EN: AA. VV. Estudios sobre la Constitución Española de 1978. Valencia: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1980, 145-155.
- MANCINI, Federico. “Il diritto al lavoro rivisitato”, EN: Política e Diritto, 1973-6, 687-740.
- MARTIN VALVERDE, Antonio. “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, EN: AA.VV. El derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, 185-204.
- MEIK, Moisés. “El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (Nulidad y reincorporación)”, EN: Luis E. Ramírez (coord.), Relaciones laborales. Una visión unificadora. Buenos Aires: B de F, 2010, 285-324.
- MONEREO PEREZ, José L. y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal “El derecho a una distribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo”, EN: Monereo Perez, José L., Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno, N. (dirs.), Comentario a la Constitución socioeconómica de España. Granada: Comares, 2002, 1332.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. “La protección constitucional de los derechos laborales”, EN: AA.VV. El derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, 267-299.
- “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”, EN: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid: 2005-58, 137-152.
- NAPOLI, Mario, “Elogio della stabilità”, EN: I licenziamenti individuali, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, Torino, 2002, 9-17.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Libertad sindical y negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994.

— La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996.

ORSINI, Juan Ignacio, “El principio de estabilidad en el derecho del trabajo, su violación por el acto ilícito despido injustificado y la reparación de los daños derivados del mismo en un contexto socioeconómico signado por la presencia de elevados índices de pobreza y desempleo”. Informe Final de la Beca de Iniciación en la Investigación Científica en el Área Derecho Social y del Trabajo, período 2004/2005 La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 2005. Inédito, con publicación y difusión recomendada -por unanimidad- por la Comisión Asesora en Investigación Científica de dicha Facultad.

— “Los derechos humanos a la igualdad y a la estabilidad en el empleo como límites infranqueables a la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios”. EN: La causa laboral, Revista de la Asociación de Abogados Laboralistas, 2007-7, 31.

— “Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador” EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2008-38, 580-596

— “Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, EN: Luis E. Ramírez. (coord.), Derecho del trabajo y derechos humanos. Buenos Aires: B de F, 2008, 113-154.

— “Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales”, EN: Juan J. Formaro (dir.). Jurisprudencia laboral, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, 217-271.

PECES-BARBA MARTINEZ, G. “El socialismo y el derecho al trabajo” EN: Sistema, Madrid, 1990-97, 3-10.

RIPERT, George. “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”. Granada: Comares, 2001.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “El trabajo en la Constitución” EN: Cuadernos de derecho del trabajo, Madrid, 1978-4, 27.

ROMAGNOLI, Umberto. El derecho, el trabajo y la historia. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

— “Del derecho ‘del’ trabajo al Derecho ‘para’ el trabajo”, EN: Revista de derecho social, Albacete, 1998-2, 11-18.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo Madrid: Trotta, 1996.