

Doctrina

## Reflexiones sobre la articulación de las fuentes normativas en el derecho social

Por Ricardo J. Cornaglia<sup>1</sup>

***Abstract: el trabajo forma parte de los borradores de una obra inédita del autor sobre Fuentes y principios del derecho social. Expresa el pensamiento de la escuela platense del derecho social, con la distinción entre principios generales del derecho y reglas generales generarles instrumentales del derecho, a partir del método de investigación propia del historicismo y sociologismo y crítico del interpretativismo. El autor es desde 1985, director del Instituto de Derecho Social (del trabajo y la previsión), de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata y director de la Revista La Defensa, del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.***

Cuando una conducta intersubjetiva es pluridimensionada por dos o más normas, el operador jurídico debe optar por la aplicación de una de esas normas, a partir de criterios previamente determinados.

Esos criterios son reglas generales del derecho. Normas de normas. De aplicación obligatoria por parte de los operadores del derecho y en particular, por los jueces al sentenciar.

Por supuesto que constituyen un criterio que deben seguir los magistrados para poder definir los conflictos intersubjetivos que ocurren en la vida social, como deben hacerlo con referencia a cualquier norma, ya que la aplicación del derecho, pasa por su interpretación razonable. Pero no constituyen meros criterios de quita y pon a seguir por los operadores discrecionalmente. Tienen imperatividad ineludible por ser de aplicación obligatoria, so pena de ser arbitraria la decisión que los contradiga o ignore.

Forman parte del derecho positivo del Estado de Derecho Social y han sido receptados en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales. Burlarlos, es dejar de aplicar esos cuerpos normativos.

Operan en dos planos. Uno el temporal. El otro el espacial.

En el plano temporal, la regla por excelencia es la ley posterior que deroga a la anterior. En el plano espacial (el espacio que interesa es el de las relaciones simultáneas de conductas humanas), la regla pasa por ordenar las jerarquías de las fuentes dándole preferencias. La jerarquía determina la validez. La norma desactivada es la de menor rango.

---

<sup>1</sup> Este artículo fue publicado *on line* en el mes de mayo del 2022, por la Editorial Rubinzal-Culsoni, Cita RC D 166/2022. Revista de Derecho Laboral.

Estas normas de normas (reglas instrumentales generales de derecho) propias del derecho común no dejan de contar con excepciones regladas en casos especiales.

En el derecho social, a mérito de la especialidad del mismo, sufren modificaciones sustanciales en función de dar el mismo un tratamiento preferencial a sus sujetos protegidos.

La pluridimensión normativa, en el derecho social, temporal y espacialmente, se regula a partir de las reglas sistemáticas del garantismo, que funcionan instrumentalmente a mérito de los llamados principios protectorio y de indemnidad del trabajador.

Aquí los rangos de jerarquía y tiempo de sanción, solo importan si la perspectiva protectoria de la norma no se ve afectada y si la condición alcanzada de los derechos sociales de los sujetos protegidos, no afecta la propiedad de los sujetos preferidos.

Si la protección más intensa es la de la fuente normativa de rango inferior, la validez de la norma de menor jerarquía no se cuestiona.

Si la norma altera un derecho asumido como condición contractual o estado en la seguridad social, la norma posterior no puede desactivar la condición y propiedad anterior.

Esto que explicamos con cándida simpleza, dista de ser de fácil aplicación.

Las reglas generales instrumentales de derecho para la aplicación de normas pluridimensionantes de conductas, son todavía resistidas en la doctrina, jurisprudencia y legislación. Se abren paso, pero trabajosamente. En una época en que la cuestión social sigue siendo tan candente, es lógico que estas reglas que afectan intereses y derechos establecidos de los poderosos, encuentren manifiesta resistencia y múltiples formas de desvirtuación.

El comúnmente llamado principio de progresividad ingresó tímidamente en la doctrina nacional, a finales de la década de los años 80 del siglo XX, fue receptado en la reforma Constitucional de la Provincia de Buenos Aires en el año 1994<sup>2</sup> y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2004.<sup>3</sup> Ese Superior Tribunal, desde entonces dicta fallos de retórica invocación, en algunos casos para admitir y en otros negar su validez a la hora de resolver.

Las reglas generales instrumentales de derecho denominadas “de la norma más favorable” y el “in dubio pro operario”, son objeto de una confusión. Y en especial en caso de la aplicación inmediata de la norma más favorable en el tiempo. Esto que sucede a nivel de la Corte, se repite en los tribunales inferiores, la enseñanza en las facultades, la doctrina y el quehacer legislativo, sembrando inseguridad y vertiendo una cháchara permanente en torno a esas normas, plena de contradicciones, adhiriendo declarativamente a ella y resolviendo en contra de lo que se declama.

---

<sup>2</sup> El art. 39, apartado 3: “En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.”

<sup>3</sup> La C.S.J.N. en septiembre del 2004, dio un paso singular, con las sentencias dictadas en “Castillo c. Cerámica Alberdi S.A.”, “Vizzoti, Carlos A. c. AMSA S.A. s. despido”, sentencia del 14 de septiembre del 2004 y “Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, del 21 de septiembre del 2004, actualizando su doctrina. Ellas pusieron fin a una etapa y dieron nacimiento a otra. Desde entonces, en innumerables fallos de la propia Corte y los tribunales de todo el país, se afirma un proceso en el que la vinculación de los derechos humanos y sociales se afirmó para bien del Estado de Derecho. Ver del autor: *Los principios generales del derecho y el orden constitucional en un estado social de derecho*, Doctrina Laboral, Errepar, octubre del 2014, No. 350, p. 1073 y ss.

Las reglas instrumentales por las que operan los principios de indemnidad, protectorio y la regla de progresividad, que merecen a partir de esa situación narrada son:

La regla de respeto a la condición asumida por el trabajador.

La regla de la norma más favorable al trabajador.

La regla "*in dubio pro operarii*".

En términos generales, Américo Plá Rodríguez, para 1975<sup>4</sup>, visualizaba a esas reglas como formas instrumentales del principio protectorio. Coincidimos parcialmente con ello, pero encontrará el lector en nuestro enfoque los aportes diferenciales que en buena medida pasan por entender que todas ellas cobran sentido si se las admite no sólo como instrumentos del principio protectorio, sino también del llamado por la doctrina principio de progresividad, que desde nuestra concepción también es una regla instrumental del principio de indemnidad del trabajador y en relación a nuevas formas del derecho de propiedad, en lo que hace a las propiedades de los trabajadores, inéditas en los períodos históricos anteriores al Estado Social de Derecho y sus técnicas garantistas.

Desde que el jurista uruguayo escribiera su libro, que se constituyera en un clásico para la enseñanza del derecho del trabajo, la conciencia jurídica en los Estados Sociales de Derecho, avanzó en la consideración de los derechos humanos sociales y económicos. Y eso impactó en la consideración especial, que alcanzaron los débiles, los explotados, sus magras propiedades y la estructuración de racional de un orden progresivo de rescate de su estado.

De todo ello fue emergiendo una nueva noción de propiedad. Una propiedad distinta a la que protagonizara el señorío de la tierra o el papel de la burguesía industrial. El proletariado lentamente fue adquiriendo un blindaje de lo propio, con nuevas y magras propiedades, que repudiaban las anteriores y se expresaban en forma distinta.

La propiedad privada, una institución familiar, construida como forma de protección contra el poder autocrático, evolucionó al punto de acompañar al proletariado en sus extremas necesidades.

Toynbee, como historiador, advirtió lo que al operador del derecho le costó entender. Señaló que la antigua propiedad adquirió los rasgos de "un mal social" en la era del industrialismo. Se encargó de destacar los cambios en este tipo de noción de lo propio, en función de sus vínculos.

Sostuvo: "En estas circunstancias, la sociedad de nuestro tiempo se ve frente a la tarea de ajustar la vieja institución de la propiedad privada a una relación armoniosa con la nueva forma del industrialismo. El método de ajuste pacífico es contrarrestar la mala distribución de la propiedad privada que ocasiona inevitablemente el industrialismo, organizando un control deliberado, racional y equitativo de aquélla por medio del Estado.

---

<sup>4</sup> La primera edición de sus "*Los principios generales del derecho del trabajo*", data de 1975. La última que conocemos es la tercera edición actualizada, de Editorial Depalma, Buenos Aires, del año 1998. En esta obra, la única mención que se hace en relación al principio de progresividad, es la cita de la posición adoptada por Mario L. Deveali, que para 1948, en sus "*Lineamientos del derecho del trabajo*", lo admitía no como un principio general de la disciplina, sino como un principio de la ciencia de la legislación laboral. Plá Rodríguez, lo menciona como el de la "la progresión racional" y luego de negarlo como principio general del derecho del trabajo, admite que instrumentalmente sirve para crear normas y también para aplicarlas.

Al controlar las industrias-clave, el Estado puede reprimir el poder excesivo sobre la vida de otras gentes que confiere la propiedad privada de tales industrias, y puede mitigar los malos efectos de la pobreza ofreciendo servicios sociales financiados por una elevada tributación de la riqueza. Este método tiene la ventaja social incidental de que tiende a transformar. Es por eso importante advertir como los principios generales del derecho social, se proyectan desde lo estrictamente individual (principio de indemnidad), a lo colectivo, que termina por ser el plano donde se puede sembrar seguridad por medio del derecho público subjetivo y su trascendencia a lo colectivo.

Esa seguridad es tal en la medida en que reconoce nuevas formas de derecho de propiedad, divorciadas de las anteriores, que estuvieron al servicio del señorío feudal y de la burguesía en sus sucesivas épocas de hegemonía.

La pertenencia al grupo da el acceso a la propiedad de las prestaciones que protegen ante el riesgo (desempleo, vejez, enfermedad, maternidad, accidente). 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 la represión totalitaria.

La regla general instrumental de la progresividad del derecho del trabajo cumple la función de regular la dominación del porvenir ordenando el progreso en función de la dignidad humana. Actúa particularmente en la regulación de la seguridad social.

Esta función de dominar al porvenir es esencial y fundacional del Estado de derecho, resumida en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1853, como la cláusula de progreso, inspirada en la generación de 1837, inspirada en Echeverría y plasmada por sus seguidores, entre ellos Alberdi y constituye la idea clave para entender el instrumento legal que sirvió para constituir la unión nacional y hacer de la Argentina una república, democrática y federal.

Estructura societaria que avanzó por el camino del progreso, sin resolver la cuestión social, con sus lacras desigualitarias y de indignidad existencial, para amplias capas de la población sumidas en la pobreza. Que mereció la revisión y superación dialéctica del impacto del constitucionalismo social, con su fin ordenador del progreso en sí y la

prohibición de las regresiones, que alcanza a la política económica y sus normas operativas. Y se cristalizó con la asunción del Estado Social de Derecho, que funciona a partir de los principios generales y las reglas instrumentales generales de derecho a acatar en actos de gobierno por los tres poderes republicanos y la sociedad en conjunto, puesto que los poderes estatales, responden al pueblo como soberano. Y también el pueblo debe acatamiento al pacto que lo une, pese a la conflictividad inherente y natural al vivir en ejercicio de la libertad. Somos esclavos de nuestra libertad posible en la medida del reconocimiento de la otredad.

El pacto que nos une, reconoce la importancia de la cuestión social y la cuota de injusticia mantenida en el estadio actual.

La regla general instrumental a la que se denomina principio de progresividad, al desactivar la normativa fundada en el progreso (orden público económico), cuando se viene postergando la desigualdad en grado de indignidad, la pauperización y marginalización, que impera en el sector más numeroso, dinámico y necesitado de la población. La regla 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 en la medida de lo posible.

Tratando de asumir ese proceso, es que damos a los principios de indemnidad y sus reglas generales del derecho instrumental al servicio de las propiedades sociales de los trabajadores, una manifiesta diferencia de consideración con respecto al principio protectorio, no para debilitarlo, sino para colocarlo en época y situación. Respondiendo desde su razón de ser, a los embates de la llamada escuela económica de interpretación del derecho, que viene teniendo tantos seguidores entre nosotros, en función del derecho de la empresa y arrasando al derecho social.

Hay para el estudioso del derecho, una relación entre el tema de los principios generales y las vicarias reglas instrumentales generales de derecho y el tema de las fuentes del derecho del trabajo. Ya que, de la aplicación sistemática de los principios, como normas instrumentales de otras normas, depende el juego armónico de las fuentes normativas y la prelación de las mismas.

Se advierte que la aplicación temporal y espacial de las normas en el derecho del trabajo, se construye con particularidades propias, sin respetar las pautas de otras disciplinas, que no responden al garantismo social.

En otros ámbitos del derecho, la articulación sigue otros caminos, ya que la sistemática propia de otras ramas del saber jurídico, es ajena a las técnicas del garantismo, que son fundacionales del Estado de bienestar.

Pero es sabido, en el derecho del trabajo, que la regla de la norma más favorable, en los conflictos entre normas, descarta los criterios tradicionales del derecho común.

La razón de ello se encuentra en que la funcionalidad progresiva de los derechos a sistematizar impone una regla de afirmación del orden tuitivo.

La regla de la norma más favorable, plasma con vigor el garantismo social como sistema. Y esto sucede cuando ya se vislumbra como necesario transformar al Estado de derecho, en otro estado que lleve el aditamento de social de derecho.

En ese Estado transformado, cuando una conducta queda subsumida en varias normas, el operador del derecho debe optar por la aplicación de una de éstas, jerarquizando la que mejor cumpla la función tuitiva de los trabajadores.

Ello produce, en el estado social de derecho, que la clásica pirámide normativa, sobre la que tanto elucubró Hans Kelsen, tenga otro sentido. Porque las diversas fuentes normativas del derecho del trabajo imponen niveles mínimos de protección a los trabajadores.

El nivel de garantismo alcanzado por una norma de cualquier fuente, puede ser mejorado, encontrando sustento en otra norma (también proveniente de cualquier fuente), que cabalga sobre la anterior. Haciendo de las articulaciones un juego armónico de pisos protectorios y no techos de regulación que impidan avanzar por sobre lo regulado. Todo ello a partir de las prácticas propias del garantismo, expresadas en función de la regla general instrumental de derecho, llamada principio de progresividad, que constituye una forma de vedar la renuncia a las condiciones de progreso alcanzadas.

En la Ley de Contrato de Trabajo, la regla de la norma más favorable al trabajador, es desarrollada en primer término en el actual art. 8º y éste como lo hace el 7º de la Ley de Negociación Colectiva 14.250, determina que las condiciones alcanzadas no pueden ser dispuestas "*in peius*" por las distintas fuentes normativas.

Ese artículo de la Ley de Contrato de Trabajo, es seguido por el art. 9º que en sus versiones de la ley 20.744 y la norma de facto 21.297, llevaba como título "El principio de la norma más favorable al trabajador".

En esa previsión normativa la norma aborda la problemática de la duda en la interpretación y en la aplicación del derecho, y termina por imponer el "*favor pro operarii*", en uno y otro caso.

En la reforma plasmada por la ley 26.428, en el año 2008, al ser publicada en el Boletín Oficial, se lo hizo sin el título antes citado, recuperando el sentido lógico y original de esta regla general instrumental, que impera en la duda que surge de los hechos procesados, las constancias de la causa y las pruebas producidas, debiendo el juez cumplir con su deber de sentenciar.

Esto complica la cuestión, por cuanto en un sentido estricto, la aplicación de la norma más favorable, debe ser desvinculada de la problemática de la interpretación de las normas aplicables y las dudas que ello crea al intérprete.

Una es la problemática de las dudas del intérprete, otra la de su subordinación a una jerarquía normativa inspirada en el garantismo protectorio. La existencia objetiva de éste, no puede ser objeto de dudas. En este sentido, la regla operativa de la norma más favorable, nada tiene que ver con las dudas del intérprete en el entendimiento de las normas en relación con el resto del orden jurídico en función de su aplicación.

Por su parte la regla del "*in dubio pro operarii*", técnicamente y en un sentido lógico, sistemático y estricto, responde a otras causas y opera en el plano de la aplicación de las normas (cuestión propia del derecho de fondo), como en la interpretación de los hechos probados en el debido proceso judicial en que éstas son aplicadas (cuestión procesal).

Siendo el derecho social una rama del saber jurídico, mantiene una estrecha vinculación con el derecho común (civil), que nació para superar injusticias sociales existentes, con el propósito dialéctico de superar el estatus de la generalidad, para corregir desigualdades indignas, que la conciencia de la humanidad de nuestra civilización repudia.

Para proteger al estamento social, constituido por los trabajadores bajo relación de dependencia (el asalariado), al que se le reconoce una especial consideración tuitiva, la existencia misma de la rama implica de por sí una doble dimensión jurídica natural a la revisión dialéctica llevada a cabo por el sistema general y el especial.

En este sentido el derecho social es una pluridimensión normativa correctora del derecho común, para mejorar equitativamente la condición de un estamento de la sociedad.

La autonomía de la rama especial, en el caso de la República Argentina, encuentra fundamento constitucional y responde a un modelo de Estado democrático y social de derecho garantista.

El garantismo se caracteriza por las reglas instrumentales generales de derecho que adopta.

En el derecho civil, común a todos los habitantes del país, cuando la pluridimensión normativa de una conducta, se produce a partir de normas de distinto rango a cotejar, la jerarquía de la fuente determina la validez de las normas. La pirámide kelseniana se construye a partir de un orden jerárquico de poderes.

A esta altura de las circunstancias, el derecho civil ha empezado a asimilar una regla general instrumental del derecho, como *el favor debilis*, en las normas dedicadas a la defensa de los consumidores, reguladas en un absurdo contrato que no existe en la realidad en los arts. 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial, puesto que consiste en una relación común a varios contratos civiles y comerciales y no un tipo contractual.

Pero el incipiente desarrollo de normas sociales de defensa de los débiles en los contratos, se enfrenta con el más inmaduro tratamiento dado a los principios generales, en ese absurdo cuerpo normativo codificante. Por cuanto, cooptado el derecho civil, por el derecho de la empresa, se pretende regir a un derecho para la generalidad, con las mismas reglas generales, que se deben aplicar a la especialidad del estamento propio de los comerciantes.

Involucionando y pasando por alto la coma, del texto del art. 75, inciso 12 de la Constitución, que diferencia al Código Civil del Código Comercial el legislador hizo de un plural, un singular, lo que aparenta ser una insignificancia, pero no lo es en especial en materia de los principios generales del derecho, tratados como fuentes normativas. Una insignificancia, que tiene importantes consecuencias y que se puede escudar en la

previsión “en cuerpos unificados o separados”, pero no escapar a la razonabilidad causal se incurre en la unificación. Cuando la unificación como sucedió en este caso, lleva al *contradictio in adiecto*.

Dalmacio Vélez Sarsfield, en su artículo 16 del sabio Código Civil<sup>5</sup>, trató como fuente normativa a los principios de derecho, para las dudas en la aplicación de las leyes y las lagunas de derecho.

Ni del texto del precepto, ni de la nota del codificador, surge una limitación que desvirtúe la regla de reconocer a los principios generales de derecho como fuente material normativa de obligatorio acatamiento.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no alcanzaron a entender la profundidad del pensamiento de Vélez Sarsfield y fueron reduciendo en el campo del derecho civil, a la función de resolver hipotéticas lagunas de derecho. En la realidad, constituyen un ejercicio teórico indemostrable, en cuanto a relaciones intersubjetivas alcanzas por principios generales y reglas instrumentales generales del derecho que las dimensionen por valoraciones jurídicas y éticas y la analogía.

Los principios generales del derecho y su imperatividad normativa, se tornaron en un tembladeral capaz de empantanar a muchos.

Si pese a Vélez Sarsfield, el tratamiento dado por el positivismo del siglo XIX, en doctrina y jurisprudencia, era insuficiente para entender, que los principios generales de derecho y las reglas instrumentales generales del derecho que le son vicarias, tratándose de relaciones intersubjetivas, se constituyen en norma de normas para resguardar derechos humanos y sociales fundamentales, otro es el cantar del derecho social.

Con el paso de los años y el surgimiento del derecho social, los principios generales y las reglas generales instrumentales de derecho, se tornaron en fuente material normativa imperante sobre el derecho positivizado y no reducidos a operar ante el caso de la laguna de derecho, como se evidenció en el año 1974, con el art. 11º de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Al quedar derogado el art. 16 del C.C., el tratamiento dado al tema por el Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994, el 1 de octubre del 2014, en sus artículos 1 y 2<sup>6</sup>, fue confuso y regresivo. Pasó por dejar de reconocer a los principios los como

---

<sup>5</sup> Art. 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Ley 340, Código Civil, sancionada el 25 de septiembre de 1869. Tiene por nota del codificador: “Conforme al art. 7 del Cod. De Austria, - L. 13, Tit. 5, Lib. 22, Dig. – L II, Tit, 5, Lib. 19, id. – L., I, Tit. 33, part. 7ª y regla 36, Tit. 34, Part. 7ª; pero las leyes, II, Tit. 22 y 15, Tit. 23, Part. 3ª, ordenan que, no pudiendo el Juez salir de la duda, de hecho o de derecho, remita la causa al Soberano para que la decida.”

<sup>6</sup> ARTICULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTICULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.



fuente material de normas y se redujo a un consejo innecesario dado a los jueces en cuanto a los problemas de interpretación del derecho.

El cacumen del legislador no alcanza a distinguir en ningún momento la diferencia existente en la interpretación y la aplicación del derecho. Y probablemente por un vicio de los autores del anteproyecto de la norma, influidos por su destacada carrera de jueces, que les hizo ver el saber jurídico con la visión parcial propia de su profesión, dejaron de considerar a los principios generales y las reglas generales instrumentales del derecho como normas en sí, de imperio a acatar.

Julio César Rivera, criticando el Proyecto de Código Civil y Comercial, advirtió oportunamente las fallas de esos preceptos. Destacó pese a que en los Fundamentos se sostiene que la Ley no es fuente única, “sin embargo el art. 1º dice que “los casos que este Código rige deben ser resueltos por las que resulten aplicables”. Así, la Constitución y los tratados aparecen como pautas de interpretación (art. 1º), lo mismo que las leyes análogas y “los principios y valores jurídicos” (art. 2º).

“Puede apuntarse que la redacción de los preceptos es confusa y tautológica...”<sup>7</sup>

El criterio básico, del del C. y C., empobrecido por el interpretativismo del C.C. y C., que responde al principio de autoridad de dudoso republicanismo, transfiriendo al juez funciones propias del legislador, pareciera engañosamente de fácil aplicación y lo es en abstracto, obviando que las normas tienen por sustrato, conductas humanas en relaciones intersubjetivas de poder.

Pero atento a nuestro propósito, abandonemos al derecho civil y el de la empresa, que se cueza en su propia salsa y contradicciones regresivas y vayamos a nuestra disciplina, con sus veleidades de superar las contradicciones del saber jurídico que la antecediera. En definitiva, el derecho social es una respuesta de la equidad, de superación dialéctica, tanto del derecho común civil, como del comercial, del cual en términos históricos se desprendió cuando novó sus preceptos codificados.

En la práctica, a raíz de la complejidad de las conductas que son el material que las normas que interpretan y conceptualizan, fue necesario para el saber jurídico que opera a partir de la cuestión social, construir reglas que abarquen la temporalidad de las conductas y la propia naturaleza, de las excepciones a la generalidad, en razón de normas especiales.

Las relaciones intersubjetivas, ponen a prueba la relación autoridad, tiempo y especialidad y es resuelta por reglas generales de derecho instrumental, a las que la doctrina, para resaltar su importancia llama principios generales del derecho.

## **DISTINCIÓN CONCEPTUAL DEL AUTOR.**

El autor distingue a los principios generales del derecho, de las reglas instrumentales generales del derecho, por la vicariedad que las últimas mantienen con las primeras, puesto que el sentido instrumental que las inspira, no encuentra la necesaria

---

<sup>7</sup> *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, obra colectiva. Julio César Rivera (Director). *La Constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 10.

valoración ética en sí y como concepto aprensible, que fundamenta la existencia de los principios.

Los valores que consagran los principios, son la base de la convivencia de un pueblo, que forma parte de una civilización, en un espacio temporal.

Las reglas generales, sirven como instrumentos en función de dichos principios. Para articularlos entre sí y resolver conflictos que la diversidad de valores encarnados en los principios crea. Todo juicio de valor implica optar por uno y descartar otro u otros.

Los principios generales conviven armónicamente para hacer posible el fin de la justicia humana. No son absolutos individualmente, en cuanto la convivencia los hace interdependientes.

Para su aplicación el saber jurídico construyó reglas generales instrumentales de derecho, con variedades contradictorias evidentes con las esbozadas previamente por el derecho común.

Desde el derecho romano, una primera regla trata de orientar los conflictos entre normas en relación al tiempo.

El tiempo determina el criterio a favor de la última norma en entrada en vigencia (*lex posteriori derogat priori*).

La norma desactivada es la de menor rango y la última en el tiempo deroga las anteriores. La presunción general del legislador, parte de suponer que se legisló para mejor cumplir con el fin de la justicia.

Pero esta presunción dista de ser absoluta y guarda excepciones en materia de la relación espacial entre normas que difieren y se contradicen.

La especialidad impera sobre la generalidad, ("*lex specialis derogat legi generali*", cláusula "*specialis praefertur generali*"; "*specialia generalia non derogant*"). Una ley general posterior no deroga una ley especializada anterior.

En el derecho civil, la conjunción operativa de esas reglas que operan ante una misma situación conflictiva de relaciones intersubjetivas, produjo un debate intenso, decantado en el tiempo, pero lejos de estar agotado en la práctica de la legislación que se empantana a la hora de asimilarlo.

En el derecho social, los términos del garantismo imprimen a ese debate un cauce propio de desarrollo acelerado, la opción de las normas de aplicación, se lleva a cabo a partir de las reglas sistemáticas, que funcionan instrumentalmente para cumplir con el fin orientador del principio protectorio.

Aquí, el rango importa si la perspectiva protectoria de la norma no se ve afectada. Si la protección más intensa es de la fuente normativa de rango inferior, la validez de la norma de menor jerarquía no se invalida, por guardar coherencia con la garantía que inspira al derecho social.

A partir del sentido protectorio del derecho del trabajo, en su ámbito, la doctrina fue afirmando, que el criterio a seguir en la selección de la norma aplicable, es el de aceptar el imperio de la norma más favorable al trabajador, también el de la condición

más beneficiosa asumida y como corolario de estas dos reglas en la formulación de una tercera, la regla de la aplicación inmediata de la norma de orden público social a las causas *in fieri*.