



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA III

**SENTENCIA INTERLOCUTORIA. CAUSA Nº CNT 35811/2017/CA1
“HERRERA, CARLOS RUBEN c/ ART INTERACCION S.A.
s/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL” JUZGADO Nº 22**

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a **10/10/2017**, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación:

La Dra. Diana Regina Cañal dijo:

I.- Contra la resolución interlocutoria del a quo (fs. 14), en la que consideró vigente la Ley 27.348, destacó que su validez constitucional no ha sido cuestionada, e intimó al actor para que acreditase haber dado inicio al trámite previsto en los arts. 1º y ctes. de dicha normativa, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda, se alza el accionante, a tenor del memorial obrante a fs. 15/27.

II.- El trabajador recurrió tal decisorio, y sostuvo que la Ley 27.348 resulta *“inaplicable para un caso como el de autos, toda vez que se trata de un reclamo por enfermedad profesional por secuelas incapacitantes que han tenido una fecha de conocimiento anterior al dictado de la norma”*.

En subsidio, planteó la inconstitucionalidad de la ley 27.348. Destacó que *“las Comisiones Médicas... son entidades que cuentan con una financiación ligada a las ART lo que inevitablemente conspira contra su credibilidad”*.

Además, refirió que *“el artículo 1 de la 27.348 al establecer la obligatoriedad de la actuación de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales (creadas por el art 51 de la ley 24.241) constituyéndolas como la instancia administrativa previa, de carácter obligatoria y excluyente de toda otra intervención...conculca de plano contra numerosos fallos de la CSJN que estableció la invalidez de estas imposiciones. Las normas invocadas establecen la obligatoriedad de una instancia previa de duración incierta como así regulan el procedimiento para reclamar ante las Comisiones Médicas en el caso que las ART no reconozcan el daño que padece el damnificado o la graduación del mismo obviamente sin intervención del órgano jurisdiccional vedando al trabajador la posibilidad de acceder a la justicia del trabajo a fin de reclamar la reparación de sus infortunios y atribuyendo a un órgano administrativo facultades inherentes al Poder Judicial, violenta gravemente normas de raigambre constitucional”*.

Así, consideró que *“la violación al acceso a la justicia, imponiendo una instancia previa frente a la autoridad administrativa representada por las Comisiones Médicas, investidas inconstitucionalmente con facultades judiciales, implica una flagrante violación a los arts 16 y 18 de la CN, alejando al trabajador de sus jueces*

naturales e imponiéndoles cumplimentar con una instancia prejudicial de la cual el resto de los habitantes se encuentran eximidos de dar cumplimiento a fin de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Se afecta uno de los pilares básicos del derecho del trabajo, cual es el principio protectorio...

Por otro lado, señaló que las “*comisiones están sólo integradas por médicos, designados y dependientes del PEN y resuelven aspectos controvertidos de naturaleza jurídica, en un verdadero juicio de conocimiento, que se desenvuelve sin las garantías del debido proceso y en abierta violación de las normas constitucionales que imponen la obligación de no juzgar por comisiones especiales*”.

A su vez, considera que el nuevo régimen viola los arts. “5, 17, 18, 75 inc. 12), 108, 109 de la CN; art 18 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y art 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 1, 15, 19, 166 y ccs. Constitución de la Provincia de Buenos Aires”.

III.- Antes de abordar la cuestión traída a decisión, corresponde aclarar el motivo por el cual no se envía en vista al Fiscal General la causa, a fin de tratar una supuesta cuestión de competencia.

Ello, se debe a que considero que no es pertinente analizar la cuestión, dada la manera en que se ha encarado la demanda y ha resuelto el a quo.

Cabe señalar, que hasta el momento, estamos únicamente ante un liminar control de constitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio diseñado en la ley 27.348, puesto que el juzgador de origen, solo destacó que su validez constitucional no ha sido cuestionada, e intimó al actor para que acreditase haber dado inicio al trámite previsto en la Ley 27.348, sin declararse incompetente.

IV.- En primer lugar, cabe señalar que el actor, en su escrito de inicio (ver fs. 7/13) manifestó presentar una enfermedad profesional, producto de sus tareas como chofer de la línea 623. Agregó que ingresó el 01/08/1992, prestando tareas de lunes a lunes con 6 francos al mes, realizando turnos completos de 10 a 12 horas diarias, turno tarde. Por último, aclaró que la toma de conocimiento de las patologías que dice padecer (Hipoacusia bilateral, Várices en miembros inferiores, Lumbociatalgia bilateral con discopatías, y Cervicobraquialgia izquierda) aconteció en “*enero de 2016, luego de una consulta ante los prestadores médicos de su Obra Social*”.

V.- Es necesario destacar, que a esta altura de los acontecimientos, existe un dictamen del Fiscal General de la Cámara (n° 72.879 del 12 de julio de 2017), y un pronunciamiento de la Sala II en la Sentencia Interlocutoria N° 74.095 del 3 de agosto del 2017, ambos en la causa “Burghi, Florencia Victoria C/ Swiss Medical ART S.A. S/Accidente - Ley Especial”. Asimismo, la Sala X, se pronunció el 30 de agosto de 2017, en los autos “Corvalán Héctor Eduardo, c/ Swiss Medical ART S.A. s/Accidente Ley Especial”, otro tanto hizo la Sala I el 12 de setiembre del corriente en autos “Luna Dolores Eduviges c/ Provincia ART S.A.”, así como la Sala V el 18 de agosto de 2017, en “Quispe Román, George c/ Provincia ART S.A. s/accidente”.

En el caso de la Sala II, en consonancia con el dictamen fiscal, y el fallo de la primera instancia, se confirmó el rechazo del planteo sobre la inconstitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio. Por su parte, la mencionada Sala X, asume la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, por considerar inconstitucional las excesivas facultades conferidas a las CCMM, en la Resolución SRT 298/17. En el caso de la Sala I por una cuestión temporal se consideró abstracta la cuestión, declarando la competencia del fuero y, finalmente, en el de la Sala V, se decretó la nulidad de la desestimación del planteo de inconstitucionalidad de la ley ab initio y sin producción de prueba, así como la consecuente declaración de falta de aptitud jurisdiccional del fuero.

Los argumentos expuestos, tanto por el ministerio fiscal, como por mis colegas, serán tenidos en cuenta en el presente análisis, al igual que la interpretación, que hasta el momento ha sostenido la Corte sobre la jurisdicción administrativa.

VI.- Preliminarmente, adelanto que he sostenido y argumentado inveteradamente -sobre lo que me explayaré aquí a su debido tiempo-, que en nuestro sistema jurídico, de modelo continental, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no revisten fuerza vinculante para el resto de los jueces, toda vez que sus pronunciamientos son ley en sentido particular, sólo para las partes¹.

No obstante, cabe advertir que sus pautas interpretativas –así como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, no deben ser soslayadas a la hora de realizar el obligado control difuso de constitucionalidad –y de convencionalidad- de las normas que conforman el sistema jurídico vigente, aunque reitero, no implican la obligatoriedad de las doctrinas que establecen. Dicho ello con la salvedad de que si la doctrina que fijan es la más progresiva para su momento, en ese caso no podría resolverse por debajo de ese standard, pero no porque el precedente sea vinculante, sino porque el principio de progresividad deriva de una norma interpretativa incorporada al sistema.

Establecido ello, circunscribo el foco de lo aquí planteado, a la discusión sobre la pertinencia de la jurisdicción administrativa obligatoria, con desplazamiento de la justicia ordinaria en la resolución de conflictos, lo que implica un análisis en general y otro en particular de la cuestión.

En efecto, en términos generales, es necesario comprender la estructura jurídica del modelo argentino, dentro de la cual se está juzgando la viabilidad de prorrogar la justicia ordinaria a una justicia administrativa, de carácter obligatoria. De ser livianos en este aspecto técnico, o de incurrir en meros argumentos de autoridad que conviertan en verdadero lo falso², podemos incurrir en importantes confusiones que impliquen decisiones contrarias al derecho constitucional vigente³.

De tal modo, observo con preocupación que tanto la doctrina especializada, cuanto el Ministerio Público y la Jurisprudencia, se remiten

¹ SALA III "Fiorino, Augusto Marcelo C/QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial" Causa Nro. 1832/2013, del registro de esta Sala, el día 25/04/2017

² En oposición a lo manifestado en la cita anterior por la suscripta, ver Abalos María Gabriela, "Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los superiores tribunales de justicia en el federalismo argentino", La Ley, 20 de septiembre de 2017.

³ KELSEN, Hans; "Teoría Pura del Derecho"; Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982; Traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, Cap IV y V.

en este tema, a precedentes de la Corte de EEUU sin formular distinciones, y extrapolan conceptos, como el de la agencia administrativa y el rol de los principios⁴, sin contemplar que su modelo jurídico es diferente al nuestro.

Esto se debió a que, como lo plantearon la primera y segunda instancia en el caso “Burghi”, y otro tanto la Fiscalía General, se pretendió seguir la doctrina del fallo “Ángel Estrada”, dictado por el Máximo Tribunal, el 5 de abril de 2005, que utiliza precedentes del país del Norte.

Allí, entre otros temas, la CSJN se pronunció sobre la competencia del organismo de control -ENRE- para resolver en sede administrativa sobre la responsabilidad por daños y perjuicios—ocasionados por la empresa prestataria, Edesur SA, a los usuarios reclamantes-, con fundamento en el derecho común.

A tal fin, y hablando de modelos comparados, toda vez que en “Ángel Estrada” la Corte en efecto, habría de echar mano a precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a fin de determinar la viabilidad de la aplicación de los mismos, refrescó las bases de nuestro sistema constitucional, de acuerdo a la organización del poder que decantó la historia de nuestro país, en los constituyentes de 1853/60. Metodología que no se sigue habitualmente, y que, por cierto evitaría muchas distorsiones, cada vez que se extrapolan institutos sin mayor reflexión.

De hecho, que incansablemente propongo en mis pronunciamientos, la observación sobre el distingo entre el modelo continental y el de *common law*, el primero adoptado por la Argentina, y el segundo por EE. UU.⁵. Ello obedece a la necesidad de explicar detenida y sistémicamente, el porqué de una decisión, que muchas veces se aparta del común denominador. Por eso, no tener claro el “GPS”, tanto en el derecho como en el deporte y la conducción, sería algo así como, jugar un partido de fútbol donde el árbitro aplique el reglamento del *volleyball*⁶, o pretender avanzar en las rutas de Londres por la izquierda.

Este fue el motivo por el cual profundicé estos conceptos a la hora de evaluar la reforma, también en materia de riesgos, en relación con la competencia y los beneficios de la Ley 26773, en los fallos “Acevedo”⁷, y “Fiorino”⁸, lo que haré nuevamente en el tema que me convoca.

Luego, en un segundo nivel de coincidencia con la doctrina de “Ángel Estrada”, la misma remarca como pauta metodológica - Considerando 12-, la necesidad de la interpretación sistémica al decir que

⁴ CAÑAL, Diana R.; *El imperio de la ley: El debate Dworkin /Hart*; REVISTA SPES N° 36 : “DERECHOS HUMANOS”, 26/09/2014, pág. 57/65.

⁵ Aclaro que se trata del modelo general, donde los fallos de Corte Suprema de los EEUU son vinculantes, así como el de la mayoría de los estados de la federación, contando con un pequeño grupo de continentales.
Ver, ; CAÑAL, Diana R.; *Una Visión Pragmática del Derecho*, Prólogo Tulio Ortiz, Ed. Quorum nov/2003, Reeditado por Errepar en 2011

⁶ ROSS, Alf ; *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. EUDEBA, 2010.

⁷ SALA III “Acevedo, Juan Bartolomé C/ Estancia La República S.A. Y Otro S/ Accidente – Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 63.585, del 30 de junio de 2014.

⁸ Ib 1

“para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el art. 72 de la ley 24.065 –allí en debate- es preciso computar la totalidad de sus preceptos, de manera que **armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional** (Fallos: 312:111 y 1036, y sus citas).” (Lo puesto de resalto me pertenece)

En efecto, este tipo de hermenéutica es la que practico en la resolución de las causas y, expresamente, lo he manifestado en los precedentes mencionados y en numerosos decisorios como juez de la primera instancia⁹. Se trata en definitiva, de la necesidad de una interpretación en términos de sistema jurídico, en lo que hiciera hincapié la Dra. Kemelmajer de Carlucci en los albores de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación unificado.¹⁰

Puntualmente, en el fallo “Acevedo” expresé que hacer alusión a una interpretación “armónica” de los derechos contenidos en el texto constitucional, sólo puede ser traducida en la “jerarquía” de valores impuesta por la Constitución Nacional, lo que consecuentemente se traduce en una jerarquía de las normas jurídicas, que debe ser respetada por el intérprete.

Repárese que la Corte, aún cuando en “Ángel Estrada” no lo haya mencionado, implícitamente alude al artículo 28 de la CN. En efecto, dicha norma establece: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, **no podrán ser alterados** por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

Es decir, la norma sustantiva (la que establece a qué se tiene derecho), no puede ser alterada ni en su contenido ni en su vinculación jerárquica con el resto de normas sustantivas, por la norma adjetiva (la que prevé cómo habrá de hacerse efectivo el derecho sustantivo).

Luego, en ninguno de los niveles de adjetivación (poderes legislativo, ejecutivo y judicial), es posible alterar el sentido, ni el orden jerárquico, puesto que el propio sistema a través de los principios, establece cómo resolver ante la duda.

He aquí un rol central de los principios jurídicos, que establecen para quien lo dudara, cuál es el orden correcto en la escala de normas sustantivas, que no hace más que reflejar la vigencia de una determinada jerarquía de valores. De allí, que los principios tengan carácter sustantivo y sean una suerte de super norma, a la que se recurre también en caso de duda.

Es decir, no se puede alterar por vía de interpretación, ni la jerarquía, ni el contenido de las normas sustantivas. Como tampoco puede afectárselas en ninguno de ambos sentidos, mediante la creación de norma adjetiva (leyes, decretos, reglamentos, etc).

⁹ JNT N° 74, SD N° 2252, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Despido”, de fecha 27 de abril del 2006, revocada por esta Sala III, decisorio que a su vez dejara sin efecto la CSJN ratificando lo sostenido por la suscripta: “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.S/Despido”, de fecha 1 de septiembre de 2009

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prólogo al *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Ver sentencia “Fiorino” ib. 5.

De allí que, toda norma de forma o adjetiva debe reglamentar los derechos constitucionales sustantivos según, la jerarquía que el propio sistema ha establecido a través de los principios normativos.¹¹ Esto mismo sucede con las normas de forma de rango constitucional -vgr. la división de poderes, la forma de gobierno, etc.- que son, precisamente, la “reglamentación” con la que el **constituyente** procura preservar el paquete de normas sustantivas.

En nuestros días, y desde 1.994 el paradigma vigente es el de los Derechos Humanos Fundamentales, el que nos obliga a jerarquizar¹² los derechos en el juego entablado entre tres principios centrales: 1) El del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural, 2) el pro homine y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad.¹³

¹¹ CAÑAL, Diana R., “*El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales*”; Publicado en Libro “Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais”, Ed. Dois de Julho, Bahía, Brasil, 2015.

CAÑAL, Diana R., “*Los paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar*”, 12º Jornadas de Los cambios de paradigma y sus efectos, su abordaje interdisciplinario, Revista Spes Nro. 34, Octubre 2012.

Primera Tesis Doctoral **en Derecho (Teoría General y Filosofía del Derecho)** –UBA-; CAÑAL, Diana R., “*Decisiones Judiciales. La relación entre normas de fondo y forma: Una mirada desde el Derecho del Trabajo*”, Ed. ERREPAR, Octubre 2011.

¹² FAVOREAU, Louis, “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho”, Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia”.

¹³ Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incisos 19, 23 y 22 del artículo 75; en el P.I.D.E.S.C. -arts. 5.2 y 2.1-; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 26-; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana -art. 1º-

Fallo “Acevedo”: “(...) De manera que la solución, habremos de encontrarla en el juego entablado entre tres principios centrales del paradigma vigente: 1) El del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural, 2) el *pro homine* y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad”.

“Antes de adentrarnos en su análisis, vale aclarar qué es un principio. Entenderé por tal a una norma jurídica, integrada por la conducta descripta (antecedente), y su consecuencia jurídica (consecuente), pudiendo encontrarse ambas ubicadas en diferentes partes del sistema jurídico, básicamente de tipo continental. De ello se deriva que estamos ante un sistema cerrado, en el que rige la regla de clausura (art.19 CN)”.

“Esto, es muy importante, porque convierte a los principios en normas jurídicas y, en consecuencia, obligatorios”.

“Luego, en un sistema de esta especie, tenemos normas de tres tipos si se quiere. Sustantivas o de fondo, adjetivas o de forma (cuya caracterización fue el eje de la confrontación intelectual entre el dictamen de la Fiscalía General y el primer voto en la sentencia “Virgili” citada precedentemente), y una suerte de “super normas”, que hasta donde alcanzo a visualizar hoy, serían de carácter adjetivo. Ni más, ni menos, que los principios”.

“Porque cuando el intérprete “anda como perdido”, en la enramada del derecho, lo que lo orienta es subir de nivel, y buscar qué pauta, qué indicación, le brindan los principios”.

“Así, si dudamos entre un derecho constitucional y otro, en pos de verificar su jerarquía, la propia organización interna de la Constitución Nacional, en el marco del paradigma de los DDHHFF, le indicará a través de un principio (pro homine), qué camino debe seguir. De allí que esta Corte pudo decir en “Vizotti”, que el trabajador era “el señor de todos los mercados”, lo que claramente implica privilegiar el artículo 14 bis por sobre el 17 de la Constitución Nacional. Porque es inexacto, lo reitero, que los valores constitucionales están todos en un mismo nivel, lo que solo podía decirse de un periodo de “legalismo constitucional” (esta Sala III, in re: “A.A.M. c/ Espumas del Plata SRL s/ medida cautelar”, S.I. N° 62.493 del 31.07.12, y en sentido contrario, nota al fallo mencionado: “Reintegro de la Obra Social al ex empleado que padece HIV, por Emiliano A. Gabet, pub. en Revista Derecho Del Trabajo, N° 11, noviembre de 2012, pag. 3043), donde se sostuviera que “el derecho a la salud tiene el mismo rango constitucional que el resto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional”.

“Ciertamente, esta jerarquía es muy distinta de la que podría pensarse en un constitucionalismo clásico (Favoreau, Louis, “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho” Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia)”.

Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa, ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, del 27/11/12).

Puntualmente, la CSJN nos ha dicho en “Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, que “el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorran, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorran, cit. p. 2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”; el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27).

Vale resaltar que en la reciente unificación en el Código Civil y Comercial de la Nación -vigente desde el 1° de agosto de 2015-, el legislador entendió necesario -aún cuando podría interpretarse como redundante- establecer preliminarmente que los tratados de derechos humanos son fuente de derecho y pautas de interpretación de nuestro sistema jurídico (Artículos 1 y 2 del CCCN)¹⁴.

Entonces, como premisa básica las normas adjetivas no pueden contradecir la finalidad del paradigma constitucional vigente, de lo contrario, el remedio será la inconstitucionalidad de su regulación.

Establecida la estructura normativa e interpretativa (también normada, obligatoria por ende, que es lo que se pretende ignorar), cabe reflexionar si la misma podría funcionar adecuadamente en cualquier modelo jurídico, lo que nos lleva una vez más a distinguir el sistema continental del de *common law*. Distingo que consideró basal como fundamento general.

Justamente, encontramos que este análisis en Ángel Estrada es preliminar y no ha sido debidamente advertido en el uso que se hace de este precedente. Porque, valga la redundancia, para el uso que se realiza

“Y si esta duda se le perfila al juez en un nivel inferior al constitucional, (en nuestro caso, el de la normativa laboral), deberá encontrar en principio la solución en los principios de la disciplina, que de tal suerte resultan, jerárquicamente superiores, y si no encuentra la salida, subirá a la Constitución”.

“De modo que los principios tienen la dura tarea de orientar al intérprete ante la duda. Pero no de manera disponible, sino obligatoria. Porque son ni más ni menos que normas “jurídicas”, con la previsión (en alguna parte del sistema que, recordemos, se presume cerrado) de consecuencias para quienes no los apliquen. Entre otras, la máxima posible, el juicio político, dado que el juez está obligado a aplicar las normas con arreglo a la Constitución Nacional, así como a declarar la inconstitucionalidad de oficio de aquellas contrarias a la misma, dado el control difuso de constitucionalidad que rige a este sistema continental (...)”.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prólogo al *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :Infojus, 2015.

en Ángel Estrada de los precedentes de la Corte de los EEUU (lo que analizaremos debidamente), primero se tienen en cuenta los modelos jurídicos, a fin de no extrapolar lo que no corresponde técnicamente por su incompatibilidad.

Así, la Corte destaca de nuestro texto constitucional los artículos 18 y 109, agregando que este último está basado en el artículo 108 de la Constitución de Chile. Este no es un dato menor.

En efecto, estableciendo su génesis definió que el sistema argentino, a diferencia del norteamericano, se inclinó por un modelo judicialista en el marco de la división de poderes. Esta discusión, justamente, parte las aguas entre los doctrinarios administrativistas.

Para reafirmar lo expresado por la CSJN en este precedente, nada mejor que evocar las palabras del propio Juan Bautista Alberdi, recordadas por el administrativista Juan Carlos Cassagne, quien al comparar nuestro sistema con el de los Estados Unidos, expresó: “decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña”.¹⁵

En consonancia, el administrativista destacó, aludiendo a la visión del propio Alberdi¹⁶, que: *“la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista.”*

*“Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853. **De allí algunos autores han pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso** (vgr. efectos erga omnes de la anulación de reglamentos) (...) esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido, en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento). (...) Hay que advertir que la circunstancia de*

¹⁵CASSAGNE, Juan Carlos; *El Acceso a la Justicia Administrativa*, Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Administrativo realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004.

¹⁶ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148, Buenos Aires, 1886. Al respecto, señala Alberdi: “Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur”

que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.(...)Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos Estudios que: **“todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial. (...)En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible (...) ALBERDI, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853, comienza diciendo nada menos que: “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos (...).”**Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos. Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.” (El texto resaltado me pertenece).¹⁷

Asimismo, Tomás Hutchinson afirma en este sentido que; “nuestro sistema es autóctono, derivado del Derecho Patrio, lo que “se refleja entre otros aspectos, en la cláusula constitucional del artículo 109 (ex 95) sin equivalente en la Constitución estadounidense, donde a diferencia de lo que sucede en nuestro país, la ley puede determinar que la decisión administrativa tenga carácter *final*. Recordemos la vigencia, en Estados Unidos de (Norte) América, del principio de la *indemandabilidad* del Estado, que tenía por consecuencia adicional la imposibilidad de responsabilizar al Estado por los hechos de sus agentes, y, como consecuencia adicional, la doctrina de la *inmunidad soberana*, de lo que se derivaba la necesidad del consentimiento del Poder Legislativo para demandar al gobierno federal. Tal doctrina determinó inicialmente que se reconociera el derecho a demandar *al funcionario*. Debió aguardarse: a) hasta la creación de la *Court of Claims* para contar con un tribunal, bien que inicialmente de carácter administrativo, para que los contratistas del Estado pudieran deducir demandas contra aquél por responsabilidad contractual; b) que se establecieran legislativamente acciones de *judicial review* contra decisiones de *comisiones reguladoras* independientes; c) que se sancionara en 1946 la *Administrative Procedure Act* estableciendo con carácter general el derecho a revisión judicial de actos administrativos, y ; d) la sanción, también en 1946, de la *Federal Tort Claims Act*, que hizo posible accionar contra el Estado por daños y perjuicios derivados de actos de sus funcionarios, para que podamos afirmar la existencia de un auténtico sistema de control jurisdiccional de la Administración. Cabe señalar que en realidad, fue tras la sanción de la Constitución de 1853 y la recepción de la influencia de la Constitución estadounidense, con la correspondiente adopción por la Corte, en buena medida, de la jurisprudencia estadounidense, cuando comenzaron a plantearse las tesis de la *inmunidad soberana* y de la *indemandabilidad del Estado* (principios totalmente ajenos a nuestro sistema)”¹⁸.

Entonces, ¿cuál es la consecuencia de ser judicialistas? Que el modelo argentino “prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer

¹⁷ Ib. 11

¹⁸ HUTCHINSON, Tomás, El sistema argentino de control judicial de la Administración; Anales de Derecho Administrativo, Pág. 152/179

funciones judiciales (...)", y que excepcionalmente, podría atribuírseles jurisdicción a Tribunales Administrativo. En otras palabras, que el Poder Ejecutivo tome el lugar del Poder Judicial.

Esto es diferente en la organización constitucional del Estado Norteamericano. En dicho país, se admite, como regla, la jurisdicción administrativa, llamada "jurisdicción primaria", ejercida por un sistema de "agencias". Es más, bastante recientemente este sentido se vio profundizado con las letras chicas de los contratos, al renunciar el ciudadano sin saberlo, al reclamo en justicia directamente (recomiendo el documental "*Hot Coffee*", muy ilustrativo al respecto, mostrando la incidencia del fenómeno hasta en cuestiones laborales).

Esta jurisdicción administrativa va en línea (como un crescendo de la incidencia de la economía y la política en el derecho) con la influencia directa que tiene a su vez el poder político en el poder judicial, como fuera puesto de manifiesto en mis votos en las causas "Acevedo" y "Fiorino"¹⁹.

En los EEUU, un precedente que atienda un tema muy relevante, es vinculante siempre y cuando el poder político no decida lo contrario, en cuyo caso se entroniza uno nuevo. Esto, es técnicamente posible en un modelo de *common law*, pero no en uno continental como el nuestro, que brinda mayor seguridad jurídica. Esa misma que se pretende destruir cuando se confunden los efectos de los fallos de la Corte, o cuando simplemente se lo considera un tema menor y se lo soslaya o se lo trata ligeramente, cuando es central ²⁰.

Esta tendencia a confundir conceptos estructurales pierde un tanto su inocencia (para el caso de no ser deliberada y constituir un defecto de formación jurídica), si observamos que en principio, en nuestro país los precedentes norteamericanos en materia de *disregard*²¹ (*alther ego*, o *piercing the corporate veil*), han sido ignorados en materia laboral²², precisamente cuando resultaban favorables al trabajador.

Es más, en este punto se observa con claridad que si el objetivo final no es el respeto por el derecho, sino el de los intereses de turno, se procurará confundir una y otra estructura jurídica. Así, en EEUU, las

¹⁹ Ib. 8

²⁰ CAÑAL, Diana R.; "El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales"; Publicado en Libro "Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais", Ed. Dois de Julho, Bahia, Brasil, 2015.

²¹) Segunda Tesis Doctoral en **Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos** Título expedido por la Dirección del Doctorado en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos de la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Doctora en Derecho del Trabajo Previsión Social y Derechos Humanos, 7 de noviembre de 2013, mediante la defensa de la tesis "La Teoría de la penetración societaria, vista desde los distintos sistemas jurídicos y su aplicabilidad en un mundo globalizado".

Con prólogo del Dr. Ernesto Martorell, CAÑAL, Diana R.; "Responsabilidad ilimitada y solidaria de directores, socios y gerentes de sociedades comerciales", Editorial: Quorum, octubre de 2001, Reeditado por Errepar en 2011.

²² Con prólogo del Dr. Oscar Ermida Uriarte; CAÑAL, Diana R., "Controversias en el derecho laboral", Editorial: Quorum, marzo de 2004, Reeditado por Errepar en 2011

corporaciones pidieron que al menos en materia de *alther ego*, se codificara el derecho al que debían atenerse ellas y los jueces (pasar a un modelo continental en el tema), dado que la multitud de precedentes y estados en los que tenían que operar –lo que multiplicaba aún más los primeros-, aumentaba exponencialmente el riesgo de una condena.

Al mismo tiempo, en Argentina se nos sometía a otra ráfaga de confusiones en ese tema, con respecto a la vinculatoriedad del precedente (recordemos las publicaciones especializadas invocando la existencia de un *quietus*, por el fallo “Palomeque”, por “Cingiale” –donde no se abrió el extraordinario- y lo que la propia Corte sostenía al respecto, ver en el punto la opinión de la minoría también para la apertura del extraordinario en Davedere.

Es decir, se pretendía que éramos un *common law*²³, pero a diferencia de lo sucedido en los EEUU, no se trataba del pedido de un cambio, sino de una interpretación inválida del propio sistema jurídico.

Nótese que cuando se quiso que los fallos de la Corte fuesen vinculantes, así se dispuso, como en la constitución de 1949, derogándose luego la vinculatoriedad en la reforma constitucional de 1957.

Creo oportuno precisar, que para el caso de contemplarse una reforma constitucional que modifique el sistema jurídico, incurriríamos en el error conocido vulgarmente de “cambiar los ojos por el rabo”.

Digo así, porque agobiados tal vez por las deficiencias y fallas en la práctica del derecho, nos dejaríamos encandilar por lo pragmático del derecho norteamericano (que no está exento de los mismos defectos de corte humano), perdiendo un sistema que, correctamente usado, proveería altos índices de seguridad jurídica. No es esto lo que dice, ni procura decir, nuestra Constitución Nacional.

Por tal motivo, en el fallo “Acevedo”, desarrollé la crítica al modelo de EE UU, donde al gozar los precedentes de fuerza jurídica vinculante, se asegura “**uniformidad**” es pos del interés de turno, en defensa de un modelo como el nuestro, de no vinculatoriedad y control difuso de constitucionalidad²⁴, que procura la independencia judicial -en lo que coincidió la CorteIDH²⁵-.

²³ Con prólogo del Dr. Tulio Ortiz CAÑAL, Diana R.; *Una Visión Pragmática del Derecho*, Ed. Quorum nov/2003, Reeditado por Errepar en 2011

²⁴ Ib 11, pág. 12: “Hay que tener en cuenta, de todas maneras, la circunstancia de que el derecho constitucional argentino y su práctica jurisprudencial no han adoptado la doctrina de la fuerza jurídica vinculante de los precedentes (*stare decisis*)”

²⁵ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014¹², párr. 311. (NdelE: Destacado no está en el texto original). (...) Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...], en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de

Para justificar mis afirmaciones, apunté al análisis de jurisprudencia norteamericana, donde se demuestra que, aunque en el derecho hubiese sobrevenido una mejora para un sector minoritario en poder, en los hechos la interpretación judicial, continuaba desfavoreciéndolos. Este efecto se lograba con un precedente que mantenía el criterio anterior a la nueva norma, asegurando el *status quo* de la “tradicón interpretativa” judicial. Claramente, en este caso, al margen del derecho vigente.

Allí, sostuve: *“Esto nos lleva de regreso a los checks and balances. Si en un modelo como el nuestro, de tipo continental, con control difuso de constitucionalidad, los jueces no hacen su tarea sin temor a molestar al poder de turno, sea cual sea su color político, defendiendo la Constitución Nacional en sus exactos términos, se corre el riesgo de desvirtuar el sistema jurídico mismo. Es decir, convertirlo en la práctica en el referido Common Law, donde desde un realismo jurídico (no positivismo, insisto), el derecho es lo que los jueces dicen que es (Holmes, Oliver Wendell Jr., The path of law, 10 Harvard Law Review 457 (1897); The path of law and the common law, Kaplan Publishing, New York, 2009; y la disputa Dworkin-Hart, La decisión judicial: el debate Dworkin-Hart, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997). Agrego: en clara vinculación, muchas veces, con los designios del Poder Político”.*

“Prueba de esto, es que la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha podido dictar en absoluta contradicción, varios fallos. En éstos, lo llamativo es observar cómo, si bien la racionalidad del sistema se mantuvo intacta (existiendo en todos los casos que se mencionan a continuación la Primera Enmienda, sobre libertad de expresión), la Corte varió la resultante fáctica según los intereses del poder político”.

*“Solo como ejemplo, en **Dennis v. United States** (1951, bajo la presidencia del demócrata Harry S. Truman, y el imperio de la Comisión de Control sobre actividades subversivas) el acusado había organizado, en pleno macartismo, el partido comunista; por tal accionar, la Corte consideró que existía un **peligro sustancial**, en virtud del cual no importaba la cercanía del éxito de la acción (el hecho de tomar el poder por la fuerza) ni su posibilidad de concreción, de todos modos la acción era tenida por punible; mientras que en **Brandenburg v. Ohio** (1969, durante el mandato del republicano Richard Nixon, a seis meses del asesinato del demócrata Robert Kennedy y a casi seis años del de su hermano, el también demócrata John Fitzgerald Kennedy), se dio el caso de que el Ku Klux Klan pronunciara varios discursos en los que proponía “acometer a la acción” (siendo ésta una organización eminentemente racista, que ya había realizado matanzas, linchamientos y persecuciones); estas acciones, sin embargo, para la Corte no parecieron cumplir con el estándar de “peligro inminente”, siguiendo los vaivenes de la política interior y exterior norteamericana”.*

*“Asimismo, en el curso de cien años la Corte pudo mantener fijo el mismo criterio que beneficiaba a la clase dominante aún en presencia de una modificación legislativa (affirmative action), **la cual se hizo***

convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario (...)”

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

necesaria en virtud del carácter eufemístico de la enmienda ya existente (14, sobre igualdad)”.

“Así, antes de instalada la affirmative action en el universo normativo de la nación, en la causa, se dio el caso **Dred Scott v. Sandford**(1852, durante la presidencia de Millard Fillmore, primero antimasónico y luego whig), en el cual la Corte estadounidense falló que los estados no tenían potestad para decidir sobre la libertad o esclavitud de sus habitantes, **y en Plessy v. Ferguson**(1896, bajo la presidencia del demócrata Grover Cleveland), en el que se indicó que sectores diferenciados para sentarse en los tranvías no constituían una violación del principio de igualdad, emergente de la ya referida Enmienda 14”.

“Con posterioridad a tal modificación, increíblemente, en **Hopwood v. Texas** (1996, bajo la presidencia del demócrata Bill Clinton), donde la Corte falló en favor de lo que varios estudiantes blancos consideraron una medida discriminatoria: la referida affirmative action. Es decir, se apoyó judicialmente su oposición vehemente a la existencia de un cupo mínimo en las facultades a ser ocupado por estudiantes afro-americanos”.

“Con lo cual y resumiendo, fuera cual fuese el contenido normativo, podemos rastrear a lo largo de nada menos que cien años, tantas variaciones judiciales, como fuera necesario hacer para satisfacer el establishment. Con lo que queda claro que un sistema jurídico de Common Law, resulta mucho más vulnerable a las presiones del poder, que al imperio del derecho”.

“De tal suerte, que lo que estamos mostrando es que el grado de opinabilidad y de subjetividad en un modelo continental como el nuestro y de control difuso, no tiene la amplitud que se quiere hacer creer, siempre y cuando se respete la racionalidad del sistema. Porque lo que estamos debatiendo en este punto no es “**cómo hacen derecho los operadores jurídicos**”, sino si el derecho habilita esto que hacen”.

Asimismo, dicha discrecionalidad se observa claramente, en el caso del incidente Bahía de los Cochinos, cuando durante 5 años la Corte de los EE.UU. dictó resoluciones contradictorias entre sí, con el mismo marco normativo, siguiendo los vaivenes de la guerra fría, que se entibiaba a veces, y otras se congelaba.

En ambos casos, soluciones alejadas del derecho, y cercanas a la política. Con una diferencia: en los EE.UU. en la mayoría de los estados que integran la Unión y la Corte misma, el modelo lo permite.

Retomando el tema que hoy nos convoca, todo lo dicho debe ser recordado con ahínco, porque aun en un sistema con esas características, llamativamente la Corte Norteamericana entiende **que la jurisdicción primaria debe ser limitada según la materia.**

Así, el fallo “Ángel Estrada” muestra las decisiones del máximo tribunal del país del norte, en dos momentos históricos. La doctrina de los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*; *Far East Conference v. United States*; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.*- que datan de 1907, establecía que: “conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de E.E.U.U.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a **cuerpos expertos,**

debido a que su dilucidación depende de la **experiencia técnica** de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los **particulares** deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una **agencia de la administración**; o cuando se procure asegurar la **uniformidad y consistencia** en la **interpretación** de las regulaciones políticas diseñadas por la **agencia** para una **industria o mercado particular**, en vez de librarla a los **criterios heterogéneos o aun contradictorios** que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (...)” (Considerando 13).

Este párrafo confiesa el mecanismo de defensa de intereses sobre la organización norteamericana, diseñada en la relación Estado-Mercado. Insisto, es un modelo que lo permite, no así en nuestro caso, en donde se fue profundizando una lógica de justicia social, hasta la consagración neta de la protección de los derechos humanos, sin salirse de un modelo capitalista.

Léase, en el caso “Burghi”, al citar “Ángel Estrada” del año 2005, que interpreta una jurisprudencia foránea en los albores del 1900, se termina entronizando indebidamente la uniformidad del precedente, creando una justicia administrativa que evitará la diversidad de opiniones. Esto solo, por su sinsentido técnico, llamó liminarmente mi atención.

Mas continuando con la lectura de “Ángel Estrada”, se cita allí un segundo fallo más cercano. Se trata de *Nader vs. Allegheny Airlines, Inc.*, de 1976. Justamente aquí, la Corte de los EEUU, introduce una limitación al poder de las agencias respecto a la especialidad. Al respecto, nuestra Corte extrae de “Nader”, los siguientes términos: “el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen de las agencias.” Además, se estableció que la competencia material de la jurisdicción primaria es para los casos en que se requiera “la experiencia y especialización” de dicha agencia. Agregó, que “la aplicación de los estándares que rigen una demanda por prácticas fraudulentas corresponde a la competencia convencional de los tribunales ordinarios” y que “el criterio técnico de un cuerpo experto no parece ser útil para la aplicación de estos estándares a los hechos del caso”.

En definitiva, resume nuestra Corte, “la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran **“el corazón” de las tareas** que tuvo en miras el Congreso que las emplazó (...)”. (Considerando 13. Lo puesto de resalto me pertenece)

Con lo cual, si los EEUU mismos ponen límites a la jurisdicción administrativa originaria, como en el citado caso “Nader”, cuanto más en nuestro modelo que es estructuralmente diferente.

Efectivamente, es el principio de especialidad que surge de la doctrina en el caso “Nader”, el que confirmó la Corte Suprema de la Nación en la doctrina del fallo “Ángel Estrada” para considerar los casos de jurisdicción administrativa, apegado al sistema judicialista.

Al respecto, la CSJN afirmó que: “no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente

justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas (...)” (Considerado 14)

Es por ello, que de manera contundente afirma que para dirimir los recursos ordinarios, como el reclamo de daños y perjuicios con sustento en el derecho común, corresponde que sean dilucidados en la justicia ordinaria. Es más, concluye que “definir el contenido concreto de la prestación y el estándar de diligencia exigible a la empresa -en el caso la distribuidora en la prestación del servicio-(...) **aunque involucren aspectos técnicos, son insuficientes para atribuir jurisdicción al ente regulador, toda vez que nada obsta a que los jueces ordinarios le requieran toda la información relevante para determinar la existencia de la mora y la imputabilidad del incumplimiento.**” (Lo puesto de resalto me pertenece).

La expresión “toda controversia” debe entenderse como “toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios”

Lo importante, es que en la sentencia “Ángel Estrada” se deja claro que, tanto aquí como en EEUU, la jurisdicción administrativa no puede abarcar el universo de todos los supuestos. Esta es una premisa secante entre ambos modelos.

Es por este motivo que no coincido con mis colegas del caso “Burghi”. Pues considero que sustentan su criterio en los precedentes de la Corte Suprema de EE UU, de comienzos de siglo (*Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*; *Far East Conference v. United States*; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.* -memoremos, por lo gráfico, lo que acontecía en la sociedad norteamericana para entonces-), sin contemplar la reserva del criterio del precedente “Nader”, recogida en el decisorio y sostenido por nuestro Máximo Tribunal.

Esto es, una interpretación sesgada de otra interpretación, que recorta los precedentes que son citados por el Tribunal Supremo, y la doctrina que establece finalmente con sus excepciones.

Esclarecido esto, es bueno recordar ya en nuestro derecho interno las palabras del administrativista Roberto Enrique Luqui cuando, aún antes de “Ángel Estrada”, resaltaba la importancia de la materia sobre la cual se regulaba la delegación, sosteniendo que: “distinguir la **materia objeto de la competencia**, constituye el elemento fundamental para admitir o no la constitucionalidad de dichos tribunales en nuestro sistema jurídico político (...) Una cosa es que la Administración Pública controle la legalidad de los actos dictados por los **órganos inferiores al Poder Ejecutivo** y trate al mismo tiempo de “juridizar” el procedimiento, y **otra muy distinta que resuelva conflictos intersubjetivos sobre materias**

del derecho común, por más que contra sus decisiones se pueda recurrir ante los tribunales judiciales. Lo primero puede ser constitucional, lo segundo nunca” (lo puesto de resalto me pertenece)²⁶

De tal modo, es central, el enfoque sobre la importancia de la materia de que se trate, y la jerarquía que esta ocupa en el paradigma. Con lo cual retomamos nuestras reflexiones liminares.

En efecto, la distinción de la materia nos lleva a la jerarquía. Justamente, no todo es igual²⁷, no todo derecho puede ser debatido en el ámbito administrativo reemplazando sin más la justicia ordinaria, puesto que es una vulneración a los cimientos institucionales de nuestro país, fundados en la división de poderes -o de funciones-, con celosos mecanismos de control cruzado entre ellos.

Sin duda que, por la posición predominante que ocupa la protección de los trabajadores en el orden de prelación normativa²⁸, por ser un sujeto de preferente tutela, protegido por el artículo 14bis y el 75 inc. 22 (primero en el marco del constitucionalismo social –1957-, y luego por el constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales -1994-), y por su materia, la resolución de sus conflictos no podría ser competencia de tribunales administrativos, y mucho menos de carácter obligatorio.

Entonces, según el referido autor, un Tribunal Administrativo podría considerarse constitucional si el objeto es revisar la legalidad de los actos emanados de los **órganos inferiores al Poder Ejecutivo**, y la materia es de naturaleza administrativa; pero niega de manera contundente que pueda afirmarse la constitucionalidad, si se trata de la Administración Pública juzgando controversias entre particulares en materia de derecho común, aun cuando se les asegure ulterior revisión judicial.

Asimismo, destaco los términos de Augusto C. Belluscio – Ministro de la Corte- en su voto en el aludido “Ángel Estrada” quien sostiene expresamente el carácter restrictivo de la delegación. Manifestó: “(...) esta Corte ha sostenido que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (Fallos: 234:715), debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces (conf. arts. 75 inc. 12, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional, Fallos: 290:237)” (Considerando 9).

Para concluir las apreciaciones generales a partir de “Ángel Estrada”, convoco algunas reflexiones de administrativistas que afirman su importancia.

²⁶ MARTINEZ MEDRANO, Gabriel, *LEY 27348. Comisiones Médicas. Inconstitucionalidad De Una Comisión Administrativa Para Resolver Conflictos Entre Particulares De Derecho Común*, Publicado el 9 de agosto de 2017.

LUQUI, Roberto Enrique; *Revisión Judicial de la actividad administrativa* - Buenos Aires: Astrea, 2005. ISBN:950-508-701-2

²⁷ FAVOREAU, Louis, *Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho*, Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia”.

²⁸ CNAT, Sala III, S.D. del31/08/2016en autos “SOSA, GLADYS ESTER C/FUNDACION CIENTÍFICA DE VICENTE LOPEZ Y OTRO S/ DESPIDO”: aquí se destaca el orden de prelación normativa entendido sistémicamente.

Para Cassagne a partir del mismo “la Corte ha (...) profundizando la interpretación del principio de separación de poderes, el carácter judicialista de la Constitución y su armonía con la garantía de la defensa en juicio de las personas y sus derechos (art. 18 CN) (...). La arquitectura de toda la construcción jurídica que desenvuelve el Alto Tribunal en este caso descansa sobre la interpretación constitucional del principio judicialista, en el marco de la doctrina de separación de los poderes. Y dado que se ha puesto especial énfasis en la prohibición del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo prescripta en el art. 109 CN (sin correspondencia alguna con la Constitución norteamericana) con expresa mención de sus antecedentes históricos (...)”²⁹

Asimismo, afirma que “(...) el derecho administrativo, no obstante constituir –como modernamente se sostiene– el derecho común de las Administraciones Públicas, cede su lugar (derecho sustantivo y jurisdicción especial) al derecho privado, cuya jurisdicción general es la ordinaria (civil o comercial) cuando se trata de litigios entre particulares extraños a la especialidad de los marcos regulatorios. Esta interpretación, verdadera construcción jurídica, permite cumplir con el principio de separación de poderes que surge de nuestra versión constitucional (fundamentalmente arts. 109, 18 y 116 CN) Tampoco se puede dudar acerca de que en la función de enhebrar los principios con la realidad, este fallo (y la historia probablemente así lo registre) traduce una construcción coherente que garantiza la tutela judicial efectiva tanto de los derechos de los usuarios como de los concesionarios y/o licenciatarios.(...)”

Concluye que, otro aspecto relevante, “(...) estriba en no haber caído en la tentación de fundar las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores en el art. 42 CN, ya que esta norma, ni siquiera en forma implícita prescribe su permisión, aparte de que una interpretación contraria choca abiertamente con los principios que rigen el sistema judicialista de nuestra Constitución que la Corte ha resaltado una vez más (...)”

Por su parte, Agustín Gordillo remarca que " (...) a propósito de *Ángel Estrada* (2005) (...) destaco que la Corte cita uno de los brillantes trabajos de JORGE TRISTÁN BOSCH, quien primero advirtiera algunas viejas confusiones argentinas. Su mención por el tribunal es toda una novedad y toda una definición de los nuevos aires que corren, rectificando otros errores del pasado y orientando el camino futuro. Su importancia es capital. Lo esencial que surge del fallo es: *La administración activa no puede, constitucionalmente, ejercer jurisdicción administrativa, ni siquiera sujeta a revisión judicial;5 pero sí se pueden establecer tribunales administrativos, imparciales e independientes, cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa sujeta a revisión judicial plena* (...) No se trata de reconocer jurisdicción a la administración **activa**, sino a **tribunales administrativos imparciales e independientes**, separados de la administración activa, en tanto tengan control judicial pleno. (...) Sin duda los entes reguladores deben ser imparciales e independientes, y hasta pueden parecer—como advirtió BIANCHI— un pequeño Estado, pero no pueden ser un Estado absolutista, sin división de poderes, frenos ni contrapesos. Sus órganos directivos no deben concentrar al mismo tiempo las tres funciones del Estado; se requieren tribunales administrativos que sean independientes e imparciales **también en relación a ellos**. Los organismos internacionales podrían ser, en tamaño

²⁹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “Ángel Estrada”), *LL*, 2005/06/09

grande, una buena imagen en la cual inspirarse al efecto. (...)”³⁰ -lo puesto de resalto le pertenece-

Es por lo aquí manifestado que disiento con los argumentos desarrollados en el caso “Burghi”, y no los comparto en la resolución del presente caso.

De tal suerte, mientras el juez ordinario en su liminar compromiso con la Constitución Nacional la que ha jurado defender, debe mirar y guiar el proceso imbuido de los principios de la especialidad, por imperio de la nueva ley, serán todos ellos sacrificados en manos de una Comisión Médica, cuya especialidad no tiene porqué ser provista por fuera de un proceso regular en la justicia, como lo prevé la CN.

Media con esta nueva ley un desplazamiento del derecho de fondo constitucional (juez natural art. 18 CN y artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), por una norma de forma, de niveles inferiores, es decir la ley 27.348.

VII. En este estado de cosas estamos en condiciones de extrapolar el tema en relación con la Ley 27348, y el análisis de la pretendida instauración del procedimiento administrativo “obligatorio” ante las Comisiones Médicas.

Así, el art. 1 de la ley 27.348 dispone que “*la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales..., constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo*”. (Lo puesto de resalto me pertenece)

Prima facie, y en atención a lo ya manifestado, estaría en condiciones de advertir que el procedimiento administrativo obligatorio ante las Comisiones Médicas es un intento de tornar el sistema judicialista en uno de agencias, vulnerando el principio de división de poderes y, solo se estaría protegiendo a la parte más fuerte del vínculo entre privados, evadiendo la jerarquía sostenida por el Paradigma Normativo de los Derechos Humanos Fundamentales. (Ver título preliminar del CCCN, en particular artículo 11)³¹

Efectivamente, reflexiono a partir de las reseñas del jurista Luqui, que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en la distribución de poderes son pares, mientras que las CCMM a su vez, **son órganos inferiores al Poder Ejecutivo**. Sin embargo, el modelo diseñado las pone a la par del Poder Judicial, intentando “juridizar” el procedimiento.

Así, como lo he referido en el punto VII, el artículo 109 de la CN establece que: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. En función de esto la CSJN consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos –como son los entes reguladores- para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de

³⁰ <http://www.gordillo.com/articulos/art49.pdf>

³¹ Caso “Fiorino”, citado Ib. 4

funciones judiciales (art. 109 CN) por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18 CN).

Queda claro aquí el carácter restrictivo de la jurisdicción especial, pues cuando la Corte interpreta la expresión “toda controversia” mencionada en el artículo 72 de la ley 24.065, consideró que se refería sobre la materia que “válidamente” el Congreso pueda delegar a un Tribunal Administrativo, pero esa atribución nunca podría constituir una delegación total de facultades jurisdiccionales al Ente Regulador, ni tampoco versar sobre cuestiones de derecho patrimonial privado, extrañas al ámbito de aplicación del art. 72 de la ley 24.065, como es un reclamo de daños y perjuicios entre usuarios y concesionarios.

Justamente, en la presente causa, estamos frente “controversias de naturaleza patrimonial entre particulares”: un conflicto entre trabajador y empleador/aseguradora de riesgos, por la indemnización de accidentes laborales y/o enfermedades profesionales, regidas por el derecho común.

Ello significa que, el Congreso atribuyó jurisdicción ordinaria a un órgano administrativo, en una materia prohibida por los cimientos de nuestra forma de gobierno, y para más, con carácter “obligatorio”.

Esto, no es ni más ni menos que una vulneración al acceso a la justicia –debido proceso-, y la garantía del juez natural que asegure “independencia e imparcialidad”.³²

Lo que nos lleva, automáticamente al artículo 18 de nuestra Carta Magna: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”

Justamente, la idea del “juez natural” remite a cuestiones de índole material y de fondo, no exclusivamente a la atribución de competencia, o de conocimiento de una causa a un tribunal que se hubiera constituido antes de los hechos del proceso, solo para evitar la existencia de tribunales especiales.

En el sentido, el “juez natural” hace también, y específicamente en el ámbito laboral, a la existencia y conocimiento de jueces con formación específica de la normativa, de la realidad del mundo laboral, y de los principios básicos de la disciplina.

Dentro de dichos principios, se encuentra aquel que refiere a una desigualdad de base que afecta a las relaciones laborales: el principio *in dubio pro operario*. Que es vital, no solo en la invocación de los derechos de fondo de los trabajadores, sino, aún más, en la cuestión adjetiva, especialmente en un proceso donde se reclame la efectividad de aquellos derechos (artículo 9 LCT).

No obstante, obsérvese que la ley 27.348 establece de forma obligatoria una instancia previa ante las comisiones médicas, sustrayendo al trabajador de los jueces naturales de la causa, arrancándolo lisa y llanamente, de jueces abogados, para pasar a una esfera atendida por

³² Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.3 del PIDESC, arts. 26 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

“jueces médicos”. Entonces, me pregunto, si esto podría sinceramente redundar en un beneficio para los trabajadores, siendo que además, quien “juzgue” no lo hará teniendo en cuenta la lógica de los principios del derecho del Trabajo. Entiendo que no.

Precisamente, un proceso judicial laboral, necesita de un ojo especializado (que implica, liminarmente, un abogado que ha concursado para ser juez), que contemple la desigualdad en la que se encuentra el trabajador, que lo afecta antes, durante y después del juicio laboral, en todo sentido, debiendo, por ejemplo, valorar la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

Ergo, si esta desigualdad es olvidada muchas veces por el juez natural, mal podemos esperar que forme parte del juicio mental formulado en una Comisión Médica, limitada “supuestamente” a un juicio técnico, que implica además, relación causal .

Establecido esto, no puede negarse que “la especialidad” requerida es la del juez laboral.

Además, el ejercicio de la jurisdicción debe procurar asegurar la independencia e imparcialidad. En este caso, considero que tampoco se cumple con ninguno de los extremos.

En diversas problemáticas de interpretación jurídica, considero central seguir el camino que recorre el dinero para establecer ciertos vínculos. En este caso encuentro que la dependencia del órgano administrativo con una de las partes de la controversia es total y, tiñe de parcialidad la decisión de los “jueces médicos”.

Veamos el origen de la Comisiones Médicas. La Ley 24557 establece en el artículo 21 que: “1. Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por la ley 24.241 (artículo 51)”. A su vez el artículo 51 de la Ley 24241, establecía: “Comisiones médicas. Integración y financiamiento: Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central estarán integradas por cinco (5) médicos que serán designados: tres (3) por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y dos (2) por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, los que serán seleccionados por concurso público de oposición y antecedentes. Contarán con la colaboración de personal profesional, técnico y administrativo. **Los gastos que demande el funcionamiento de las comisiones serán financiados por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo**, en el porcentaje que fije la reglamentación.”

Luego, realizada la unificación del sistema previsional se determinó en el artículo 15, Ley 26425: “El personal médico, técnico, auxiliar y administrativo que se desempeñe ante las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por el artículo 51 de la Ley 24.241 y sus modificatorias será transferido a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en la proporción y oportunidad que sea necesario para su funcionamiento, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. A los efectos relativos a la antigüedad en el empleo del personal que sea transferido, se considerará como tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación con el organismo cedente. Asimismo, deberán transferirse los bienes inmuebles, muebles y equipamiento técnico necesarios para el adecuado funcionamiento de las comisiones médicas. **Los gastos que demanden**

las comisiones médicas y la Comisión Médica Central serán financiados por la Administración Nacional de la Seguridad Social y las aseguradoras de riesgos del trabajo, en la forma y proporciones establecidas en la reglamentación.”

A su vez, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo artículo **35 de** la Ley 24557, establece: “Créase la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), como **entidad autárquica** en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. La SRT absorberá las funciones y atribuciones que actualmente desempeña la Dirección Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo.” Estableciendo que los **“1. Los gastos de funcionamiento de los entes de supervisión se atenderá con la tasa prevista en la ley 20.091 (artículo 81), aplicada sobre las cuotas mensuales que el empleador paga a las ART.”**

En definitiva, las ART y el ANSES, son los únicos que financian el funcionamiento del procedimiento administrativo de las comisiones médicas en proporción de las alícuotas de los empleadores, así como el sostenimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Esto es, en el caso, **quien financia es parte del conflicto**, lo cual genera dudosa imparcialidad, parenciéndose estructuralmente a una tercerización de la justicia, en materia de reparación sistémica.

En retrospectiva, observo que el desplazamiento de los jueces naturales ha sido una constante en la materia, y con un marcado sentido regresivo.

Veamos. Ley 24.557: en su art. 46, disponía la opción de recurrir ante las comisiones médicas provinciales, ante el juez federal de cada provincia o ante la Comisión Médica Central. Dichas resoluciones, eran recurribles ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. A su vez, para la acción derivada del antiguo art. 1.072 del C.C. era competente la justicia civil. Sobre estos temas, la CS resolvió en los casos “Castillo” (del 07/09/2004) y “Venialgo”.

Luego, la Ley 26.773 en su artículo 4 y artículo 17 inciso 4, establecía que ante la opción por el derecho común, era la justicia civil la competente, desplazando así la interpretación especializada, pues expresamente establecía que los jueces civiles debían aplicar los principios de derecho civil, no los vigentes en materia laboral (tratamiento en el fallo “Acevedo” ya citado)

Rematando con la Ley 27.348, que directamente instituye de manera “obligatoria” a “jueces” médicos, para habilitar luego la vía laboral.

Interpreto, que esta sucesión de leyes responde al objetivo de ganar más tiempo, y lograr uniformidad en las decisiones, puesto que, como he analizado en el punto anterior, la uniformidad no puede obligarse por la obligatoriedad de la jurisprudencia, se pretende establecerla por órganos administrativos que en los hechos funcionarían como agencias tal como lo confiesan al citar el fallo “Texas” de la Corte Norteamericana, cerrando el juego del mercado representado por las aseguradoras de riesgos, a través de las CCMM: “ (...) o cuando se procure asegurar la **uniformidad y consistencia** en la **interpretación** de las regulaciones políticas diseñadas por la **agencia** para una industria o **mercado particular**, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (...)”

Esto es, torcer en los hechos, lo que prohíbe nuestro texto constitucional: la confusión que marcamos en el arranque.

Es decir, un desplazamiento del derecho de fondo constitucional (juez natural art. 18 CN), por una norma de forma, de niveles inferiores, es decir la ley 27.348, que pretende avanzar con el sistema de agencias, en una hipótesis no habilitada por el sistema jurídico autóctono.

En consecuencia, se trata de un esquema violatorio del derecho de defensa en juicio con un juez independiente, que es el único que “conoce el derecho”, encargado obligatoriamente del control de constitucionalidad y no vinculado por decisiones de otros organismos.

Encuentro, de tal suerte, inconstitucional el procedimiento administrativo obligatorio ante las CCMM, instituido en los artículos 1, 2, 3, 14 y 15, y cctes. de la Ley 27.348, por considerarlos violatorios de los artículos 18, 29, 109, 116, y por el 75 inc 22 - Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incisos 19, 23 y 22 del artículo 75; en el P.I.D.E.S.C. -arts. 5.2 y 2.1-; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 26-; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana -art. 1º- y, garantías judiciales de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.3 del PIDESC, arts. 26 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos- de la CN.

Sin costas, ante la falta de contradictorio.

Por lo expuesto resuelvo: I.- Revocar el fallo de la primera instancia; II.- Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 14 y 15, y cctes de la Ley 27.348; III.- Sin costas, ante la falta de contradictorio; IV.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

El doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo dijo:

Coincido con la solución propuesta por mi colega, pues, como ya me pronuncié en autos “MERCADO HECTOR GABRIEL C/GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE – LEY ESPECIAL”, CAUSA Nro. 35.535/2017, efectivamente el diseño instaurado a partir de las modificaciones impuestas a la Ley de Riesgos del Trabajo, consistente en un procedimiento administrativo con facultades jurisdiccionales, de carácter previo, obligatorio y excluyente, no brinda las garantías del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional), tanto más que no le permite al trabajador enfermo o accidentado replantear los hechos ni ofrecer pruebas, sino únicamente discutir lo actuado en aquella sede, excluyendo la demanda directa.

Entiendo que al otorgarse facultades jurisdiccionales a las Comisiones Médicas, se demora innecesariamente el acceso rápido y pleno a la justicia tal como lo señaló el Máximo Tribunal en la causa “Obregón”, dejando al arbitrio de los médicos decisiones tales como

determinar si un accidente o una enfermedad puede encuadrarse en las previsiones del art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo, esto es, si puede ser considerado como una contingencia cubierta o no por el dispositivo legal, cuando tal calificación solo puede ser establecida por el Juez de la causa, luego del análisis de los hechos y el derecho que las partes invocan, cuestión que no puede quedar en mano de galenos.

No soslayo que el decreto 1475/2015 determina que cada Comisión Médica y Comisión Médica Central se constituirán con Secretarios Técnicos Letrados como órgano jurídico permanente, pero éstos no emitirán dictámenes vinculantes y la decisión jurídica se encuentra en manos de médicos, de modo que no se sana la falencia referida anteriormente, pues la resolución administrativa definitiva estará a cargo de los profesionales de la medicina, quienes deberán resolver cuestiones jurídicas muchas veces complejas, relativas a distintos aspectos de la Ley 24.557 (contingencias comprendidas, situaciones cubiertas, determinación del IBM, si hay pagos clandestinos que conformen el salario, qué prueba resulta conducente, los derechohabientes legitimados, entre otros).

Cabe recordar que el art. 116 de la Norma Fundamental determina como facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, de modo que cuando tal potestad se le confiere a un órgano del Poder Ejecutivo, se viola el principio republicano de división de poderes y se afecta el derecho de acudir al Juez natural en un debido proceso judicial.

La revisión judicial prevista en el art. 2 de la Ley 27.348 no satisface la garantía mínima del debido proceso, tendiente a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de una contienda judicial, que le permita tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al Juez (art. 18 citado), ya que el recurso que estatuye como mera revisión judicial de lo actuado en sede administrativa por los profesionales de la medicina, a quienes se les otorga facultades jurisdiccionales para desestimar las pruebas improcedentes, superfluas o dilatorias, amén de establecer los distintos aspectos que rodean la viabilidad de un reclamo indemnizatorio dentro de las previsiones y con los alcances previstos por la ley 24.557.

La idoneidad técnica de los miembros de las comisiones médicas para evaluar la existencia de dolencias y las incapacidades que éstas pudieran generar desde sus conocimientos científicos es indudable, pero reitero que la determinación del carácter laboral del accidente o profesional de la enfermedad, así como la relación causal con el factor laboral, son materias que exceden los conocimientos científico de aquéllos y requieren de una formación técnico-jurídico de la que adolecen, y es natural que así sea, pues para la determinación de tales aspectos, son los jueces quienes resultan idóneos tanto desde el punto de vista científico como constitucional.

El Máximo Tribunal ha dicho *in re* "Alvarez, Maximiliano y otro c. Cencosud S.A. s/Acción de Amparo" (A.1023.XLIII) que el debido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales y especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete del derecho debe escoger, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana.

La pauta hermenéutica citada se impone con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. En el precedente de 1974 de vital importancia en el control constitucional *in re* “Bercaitz Miguel Ángel s/Jubilación (CSJN, Fallos: 289:430), se censuró toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba de tal modo la jurisprudencia de la Corte concordante con la doctrina universal y el principio de favorabilidad (Fallos: 289:430, 437; 293:26,27

La Corte Interamericana por su parte tiene dicho que “...constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura, que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Caso “Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo. Reparaciones y Costas”, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C Nro. 119, párr.143).

Lo hasta aquí expuesto me permite establecer que en virtud del estado de vigencia de los tratados, el alcance interpretativo de éstos según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, por imperio de los principios *pro homine* y de progresividad, al perderse el Juez natural con su especial versación y en el marco de un proceso específico determinado para la disciplina como es la Ley Orgánica, se produce la violación del debido proceso, que no se preserva porque se establezca una mera revisión vía recursiva, pues el proceso en sí, se deja en manos de profesionales de la medicina, en un régimen que el Sr. Fiscal General califica como algo parco y barroco (fs.48) y que se encuentra reglamentado en parte por el Superintendente de Riesgos del Trabajo, con la posible laguna acerca del proceso judicial concreto ulterior (fs. 48), lo que se encuentra en pugna con el mandado constitucional como lo he adelantado (art. 18 de la Constitución Nacional).

En conclusión, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la determinación de una instancia previa y obligatoria (art. 1 de la ley 27.348), en tanto lesiona el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, derechos éstos tutelados por el art. 18 de la Constitución Nacional, además de los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así lo decido.

En consecuencia, se debe asumir sin más, la aptitud jurisdiccional en la presente causa.

Los gastos causídicos de ambas instancias deben ser soportados por su orden, atento la índole de la cuestión debatida y la ausencia de controversia (art. 68 segundo párrafo del C.P.C.C.N.).

Por ello, **el Tribunal RESUELVE**: I.- Revocar el fallo de la primera instancia; II- Declarar la aptitud jurisdiccional de la justicia del Trabajo; III- Sin costas, ante la falta de contradictorio; IV.- Oportunamente,

cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Néstor M. Rodríguez Brunengo
Juez de Cámara

Diana Regina Cañal
Juez de Cámara

Ante mí:
19

María Luján Garay
Secretaria