

**SENTENCIA INTERLOCUTORIA Nº 63.585 CAUSA Nº 42.128/2013 “ACEVEDO, JUAN BARTOLOMÉ C/ ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL” JUZGADO Nº 38.**

Buenos Aires, 30 de junio de 2014

**La Dra. Diana Regina Cañal dijo:**

Contra la resolución de fs. 28/29, se alza la parte actora, con su memorial a fs. 30/31.

La misma presentó su demanda a fs. 6/23vta., contra ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A., y GALENO ART S.A., planteando la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley 24.557 y de la ley 26.773, y con fundamento en los arts. 509, 512, 1068, 1069, 1083, 1109 y 1074 del Código Civil.

Relató que comenzó a laborar para la demandada ESTANCIA LA REPÚBLICA S.A., el día 15 de agosto de 2011. Dicha relación, según manifestó, se terminó de manera unilateral por decisión de la empleadora, cuando a ésta se la notificó de la primera audiencia ante el SECLC en virtud del accidente de autos.

El accionante se desempeñaba en la estancia demandada cuidando animales, dándoles de comer, domando vacas (sic), caballos, y cuidando la limpieza y conservación del lugar.

Así, afirmó que el día 23 de febrero de 2013, “mientras se encontraba dentro de la estancia arriando y domando vacas –montado sobre una de las mismas, y sin ninguna protección ni elemento de trabajo- por expreso pedido de su superior, es que la misma se dispara, cruzando rápidamente un alambrado de 4 hilos, quedando el actor Acevedo enganchado en uno de los hilos con su mano izquierda, causándole lesiones de gravedad”.

Afirmó que fue trasladado al Hospital de Luján, y luego al Centro Dupuytren, donde fue intervenido quirúrgicamente. Debido a una infección, lo volvieron a intervenir, y le amputaron el quinto dedo de su mano izquierda, y el resto de la mano le quedó con escasa movilidad, colocándosele injertos.

Manifestó que, si bien se encontraba apto al momento de ingresar a laborar, padece de una gran discapacidad. En virtud de las incapacidades anatomofuncional, psicológica, y daño moral sufridos, demandó por un total de \$ 370.000 (trescientos setenta mil pesos).

A fs. 25, la juez de anterior grado decidió, previo a todo trámite, correr vista al Ministerio Público, el cual dictaminó a fs. 26, que se corriera traslado de la demanda. Sin embargo, el a quo no corrió dicho traslado.

Así, a fs. 28/29, luce la sentencia de la a quo. Destacó que la fecha en que había acontecido el siniestro era el 23 de febrero de 2013, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de riesgos. Por ello, sostuvo que esta Justicia Nacional del Trabajo sería incompetente para conocer en estos asuntos, correspondiendo la aptitud jurisdiccional a la Justicia Nacional en lo Civil.

Para justificar tal postura, se refirió al dictamen del Sr. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en la causa “Leal, Leandro Daniel c/ QBE ART S.A. s/ accidente – ley especial”. Destacó, también, que “la impugnación a la validez constitucional de la norma que efectúa la actora en el inicio, presenta un carácter muy dogmático y no logra poner de relieve la

presencia de un agravio tangible en un tema que, como es sabido, requiere una profunda fundamentación” (fs. 28).

En consonancia con lo anterior, se declaró incompetente para entender en la causa.

Entonces, a fs. 30/31, aparece la apelación del accionante. Afirma que el traslado de los actuados a la justicia civil vulnera garantías constitucionales. Agregan que, si bien fundó su reclamo en normas del derecho común, se trata de un accidente de trabajo, y que sacar al trabajador de su fuero original, lo pondría en un plano de desigualdad con respecto a otras personas, ocasionándole graves perjuicios.

Como ejemplos de estos perjuicios, cita la caducidad de instancia, el abono de la tasa de justicia, y otros institutos para él perjudiciales.

Estima que trasladar los actuados al fuero civil, implica tres tipos de discriminación: que aquellos que se accidentan dentro del plazo de vigencia de la nueva ley quedan en peor posición; que tampoco serían beneficiarios de principios normativos y explicativos de la disciplina; y que se pretende igualdad dentro del proceso civil cuando esta ni siquiera existe en el laboral.

Solicita, entonces, que se revoque la resolución atacada.

A fs. 42vta., luce el dictamen del Sr. Fiscal General. El mismo, cita un artículo de su propia autoría, y el ya mentado dictamen “Leal Leandro Daniel c/ QBE ART S.A. s/ accidente”, Expte. Nro. 14.799/2013, del registro de la Sala VI. Según afirma, la nueva disposición legislativa, “puede producir cierto asombro pero no implica, a mi modo de ver, una vulneración a garantía constitucional alguna”.

Es más, sostiene que esto es así, porque “la versación de la Justicia Nacional en lo Civil no podría ser cuestionada dogmáticamente sobre la base de **preferencia afectivas**”, (la negrita me pertenece).

Así, afirma el Sr. Fiscal General que el acceso a la jurisdicción plena se halla garantizado. Si bien admite que, merced a este cambio, se han de generar disputas y contradicciones “no sencillas de resolver”, “es bueno que admitamos que los equívocos de los legisladores o la perplejidad que nos depara alguna de sus ocurrencias no siempre redundan en normas inconstitucionales, y la función jurisdiccional no está pensada para reemplazar nuestros criterios por los del Poder Legislativo, que es soberano, aunque nos parezcan más decantados y profundos y muchas veces esa sensación subjetiva tenga carácter de verdad”.

Cabe entonces realizar una cuidadosa ponderación de lo aquí ventilado, para resolver esta causa.

Prioritariamente, se evaluará lo dictaminado por el Sr. Fiscal. Varias cuestiones resultan llamativas en el punto.

En primer lugar, en lo que refiere al establecimiento de las distintas jerarquías de los órganos que surgen de la Constitución Nacional. Desde antecedentes clásicos como Montesquieu, se ha desarrollado la doctrina de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), la cual estima, como basamento de la teoría y práctica republicana, que los tres poderes del estado se hallan equilibrados. O, en su defecto, que se controlan entre ellos.

Por tanto, resulta llamativo que, desde el citado dictamen se sostenga la supremacía del Poder Legislativo, afirmando que éste es soberano. En el punto,

es obviamente admisible que se trate de un poder relevante, y digno de defensa y preservación en el sentido de su plasmación de, a su vez, la soberanía popular, ya que se ve conformado por el voto directo de la población.

Sin embargo, su relevancia y conformación no implica que esté situado, de manera absoluta, por encima de los otros poderes. Es decir, que no resista el control y censura de los demás ya que, por definición, estos controles hacen a la definición misma del sistema republicano.

Tampoco tendría sentido, en ese caso, el art. 112 de la Constitución Nacional, ni el control de constitucionalidad, cuya ejecución tienen obligación de efectuar, de manera difusa, los jueces de los diferentes estamentos.

No solo ello, sino que la conclusión a la que se arriba resulta aún más llamativa, al tiempo que en el dictamen mismo ante esta causa, ya se advierten posibles consecuencias negativas de realizar una prórroga de jurisdicción a la justicia civil. En el punto se menciona un posible “asombro”, “contradicciones y disputas no sencillas de resolver”, y lo que es más aún, una solución que el mismo Sr. Fiscal General identifica como “inconveniente”.

Sin embargo, y en plena contradicción con el art. 120 de la Constitución Nacional, donde se enuncia como obligación del Ministerio Público acometer a la actuación de la justicia “en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, se establece que los “equivocos” generados por los legisladores no siempre redundan en normas inconstitucionales.

Debe resaltarse que, según la razonabilidad y la racionalidad misma del sistema, no es dable menoscabar la facultad que pueden tener los tribunales para articular un control de constitucionalidad, que hace a la defensa de los intereses de la sociedad toda. La Constitución Nacional no puede actuar por sí sola, ya que, si artículos como, gráficamente, el 28 (sobre reglamentación arbitraria de derechos) o el 36 (sobre qué sucede con las consecuencias emanadas de los golpes de estado) no son puestos en práctica por un tribunal, permanecen lógicamente como letra muerta y pierden su propósito.

No nutren esta solución “versaciones dogmáticas”, ni pretensiones de soberanía absoluta por sobre el Poder Legislativo, ni “sensaciones subjetivas”, ni mucho menos “preferencias afectivas” (sic), sino que está apoyada sobre la base de la racionalidad misma del sistema, su *modus operandi*, y los principios fundamentales que lo inspiran. El hecho de que los distintos tribunales se puedan alzar, de manera difusa, y acometer un control de constitucionalidad que garantice la vigencia de los principios contenidos en ese instrumento, y en los tratados internacionales, de jerarquía constitucionalidad, y aplicación obligatoria, no facultativa, redundan en la ejercitación del sistema de frenos y contrapesos, puesto que resulta en la capacidad de ejercicio efectivo de estos controles.

Esto es así porque, contrariamente a lo que manifiestan la a quo y el Sr. Fiscal General, el actor ha identificado claramente, y de manera nada dogmática (sujeto a prueba, claro está, ya que en modo alguno se adelanta un resultado), el perjuicio al cual se vería sometido, de acometerse a un traslado de la competencia a la justicia civil.

Como se explicará in fine, la cuestión tiene que ver con sustraer al trabajador de los jueces naturales de la causa, aquellos con conocimiento suficiente sobre el tipo de relación existente entre el trabajador y su empleadora, o entre éste y la aseguradora de riesgos del trabajo.

Además, existen diversos principios que conforman la disciplina del derecho del trabajo y que se encuentran ausentes en los tribunales civiles. Esto ha

sido claramente especificado por el actor, amén de sostenido, reiteradamente, por la suscripta.

Al respecto, ya se ha pronunciado este tribunal brindando el soporte teórico en autos “Soraires, Oscar Ariel c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/ accidente – acción civil”, sentencia interlocutoria N° 63.008, del 12 de julio de 2013, y también in re “Aguirre, Carlos c/ Azul S.A. de Transporte Automotor y otro s/ accidente – acción civil”, sentencia interlocutoria N° 55.744/2012, del 28 de junio de 2013. Allí, se ha sostenido:

“Cuando la nueva ley de accidentes (26773), modifica el régimen de competencia en su artículo cuarto (complementado con el artículo 17 inciso 2), introduce escozor y desconcierto en el ámbito laboral.”

“Por un lado, porque a la inversa de lo que sucedía con su predecesora (cuya vigencia se mantiene, dado que la complementa, ver art. 1 in fine), no se veda el acceso a la acción con fundamento en el derecho civil.”

“En efecto, en el régimen de la 24.557, solo era factible la vía del artículo 1.113 del Código Civil en la hipótesis de dolo (de allí la retahíla de inconstitucionalidades sobre el artículo 39 inciso primero de la LRT, que culminara con el dictado de “Aquino”, CSJN del 21.09.04”).

“Hoy, en cambio, la vía queda expedita creando una acción nueva de derecho común, a costa de la pérdida del juez natural: se desplaza la competencia hacia el juez civil, quien además queda obligado a aplicar el derecho de fondo y de forma de su especialidad, y a interpretar de conformidad con los principios “correspondientes al derecho civil” (art.4 in fine y 17 inciso 2”).

“Por el otro, porque se reinstala el omnipresente problema del aspecto temporal, a fin de determinar cuáles reclamos caen bajo el periodo de vigencia de la nueva ley”.

“La ley 26.773, rige plenamente desde el octavo día de su publicación. Es decir, que está vigente desde el 4 de noviembre de 2.012, en virtud de no contar con norma alguna de aplicación inmediata. Lo que de todos modos no obstaculiza a que algunas normas de tipo adjetivo contenidas en la ley, sí resulten inmediatamente aplicables, aún por hechos anteriores”.

“Así lo entendieron por ejemplo, la Cámara de Trabajo de Córdoba, Sala X, el 21/12/12, in re “Martín, Pablo Darío c/ Mapfre ART S.A. s/accidente”, en la hipótesis del RIPTE (art.17, inc.6 de la nueva ley) y de la indemnización adicional de pago único (art.3 in fine, ib), la que a su vez remite al decisorio de su par mendocina, sala VII, in re “Godoy, Diego Maximiliano c/Mapfre Argentina, del 12/11/12”. Otro tanto, hizo la Sala VII, de la Cámara cordobesa in re “Ludueña, Prudencia Beatriz, c/ Asociarte ART S.A., el 15/3/13”, y la misma sala el 15/4/13, in re “Granero, Francisco José c/ Consolidar ART S.A.”, así como la Sala III, de igual jurisdicción, in re “Torres, Manuel Rodolfo c/ La Segunda ART S.A.”, del 4/3/13”.

“En estos precedentes, se manejó el argumento capital de que, resolver de otro modo, implicaría violar lo normado por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como el 2.1 del PIDESC (a lo que personalmente agregaría toda la normativa nacional e internacional sobre discriminación), en la inteligencia de que se generaría una discriminación entre los propios trabajadores, quedando en mejor situación quienes se accidenten luego de la entrada en vigencia de la ley que los anteriores”.

“En el mismo sentido, se expidió la Justicia Nacional, a través del Juzgado Nacional del Trabajo N° 58, Sentencia 5.393 del 24/2/13, in re “Camargo, Roberto Adrián c/Mapfre Argentina ART SA y otro s/accidente, acción civil”, y S. D. N° 93.565 del 31.05.13, in re “Pisera, Juan Manuel c/ Euterma SA y otro s/ despido del registro de esta Sala III”.

“Súmase como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata por el carácter adjetivo, que se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad”.

“En este punto, es donde se nos parte la cabeza en relación con la competencia. Porque, ¿cómo podría ser más beneficioso para el trabajador sacarlo del juez natural, desplazándolo hacia otro fuero en donde, además, no se aplicarán los principios del derecho del Trabajo?”.

“Bueno, ciertamente no hay un justificativo en tal sentido”.

“Sin embargo, cabe reconocer que el Fiscal General brindó en otras causas una respuesta que permite liminarmente, sortear el escollo”.

“Me refiero al argumento de que se trata de una acción nueva, con lo cual no podría regir la aplicación inmediata en casos donde los accidentes sean previos a la vigencia de la ley, puesto que el principio de aplicación inmediata rige “en tanto y en cuanto el derecho al que se aplica la nueva norma procesal hubiese existido con anterioridad a la creación de ésta, y no en aquellos casos, como el que nos reúne, en los cuales la misma ley prevé una acción que no existía y le prescribe un trámite específico” (dictamen 56.350, del 6/2/13, in re “Virgilli, Darío Ernesto c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/accidente-acción civil, CNAT”, criterio compartido no por unanimidad, en el decisorio de la Sala V, S.I. N° 29.740, del 18/4/13, el que también fue sostenido por la Sala IX, S.I. 13.790, del 25/3/13, in re “Mendoza, Jorge Luis c/ Bruno, Gerardo Reinaldo y otro s/accidente, acción civil”, y por la Sala II, S.I. 63.509, del 21/3/13, in re “Sanabria, Gustavo Adolfo c/ Los Constituyentes SAT y otro s/ despido”).

“De modo que acaecido un accidente en vigencia de la 26773, no cabe duda de que es la ley aplicable, no así si se trata de un evento anterior”.

“En el punto, es también interesante reflexionar qué sucede, si la norma que se invoca es el artículo 75 de la LCT. Pues aquí, más allá de todo otro fundamento normativo, este es suficiente para fijar indudablemente la competencia en nuestro fuero (CNAT, Sala VI S.I. N° 35.435 del 22.04.13, in re “Medina, Celia Sofía c/ Mapfre Argentina S.A. y otro s/ accidente-acción civil; Sala X, S.I. 20.954, in re “Báez Coria, Aarón Abraham c/ Paseo La Vaca SA y otro s/ accidente acción civil”).

“Ahora bien, más allá de los atajos conceptuales, ¿qué pasa si estamos ante un reclamo que caiga dentro del período de vigencia de la nueva ley? Esto nos lleva de lleno al tema del desplazamiento de la competencia hacia la justicia civil, así como la imposición de normas y pautas interpretativas, exclusivamente civilistas”.

“Pues bien, antes que nada, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde 1994, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), no es otro que el de los derechos humanos fundamentales. 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, este Tribunal 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).”

“A tales efectos, debemos tener en cuenta el Informe presentado por los diputados firmantes del dictamen de minoría de la ley que nos ocupa, en donde se sostuvo que “claramente, el limitar el acceso a la justicia al establecer opciones excluyentes entre ambos regímenes (de la ley y la reparación plena) es inconstitucional. Ello, en razón de que al establecer un régimen absolutamente tarifario y sin tener en cuenta el principio *alterum non laedere* atenta contra el artículo 16 de la Constitución Nacional. Incluso propios autores civilistas repulsan tal tarifación extrema que restringe el acceso a la justicia, lo han hecho en los siguientes términos; “...es sin duda un sometimiento del derecho de los más débiles a las pretensiones económicas de los más poderosos, lo que es contrario a todo criterio de justicia. Se sacrifica el principio a favor del ser humano (pro homine) invocando razones como la previsibilidad de los costos, como si el ser humano fuera una cosa más, y no la razón de ser del sistema jurídico...Es el hombre el que constituye la sociedad, las empresas, la Nación, sin él nada hay en estas instituciones; es al hombre al que se debe proteger...Lo primero que se debe preservar en la sociedad, es la vida y la salud de los hombres que la integran, y en el caso de ser dañados en su salud o, lo que es peor, muerto por algún accidente, el daño debe ser reparado por la norma especial o común según cuál sea la más beneficiosa para la víctima o sus derechohabientes” (Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T II, p. 926, La Ley, Buenos Aires, 2004).”

“Del mismo modo, en la exposición de motivos de la ley en estudio se sostuvo que “por otra parte, sigo entendiendo que es la Justicia del Trabajo la que debe intervenir. Obsérvese que la propia norma que estamos analizando cuando establece el cúmulo en el caso de dolo del empleador –artículo 1072 del Código Civil- no dispone la competencia en la Justicia Civil, sino en la del Trabajo. Po eso debemos tener cuidado con ello, más allá de lo que dispone, por ejemplo, no solamente el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, sino también el artículo 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en Bogotá en 1948, que establece que en cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para lograr una rápida solución” (Antecedentes Parlamentarios, ley 26773, N° 10, noviembre de 2012, La Ley, pág. 286, ap. 258).”

“Y también corresponde verificar si precisamente por esta última razón, no se viola “la garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos” (CSJN, Q.64.XLVI, “Recurso de hecho q.c.s.y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 25/4/12). Máxime, cuando no solo se desplaza la competencia, sino que se agrava la medida al disponer que el juez civil deberá aplicar el derecho sustantivo

y adjetivo de “su” especialidad, así como los principios interpretativos de la misma”.

“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 descrita (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 “súper 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)”.

“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 aquéllas contrarias a la misma, dado el control difuso de constitucionalidad que rige a este sistema continental”.

“Características todas estas, que nos alejan de la interpretación que del carácter de los principios hicieran Dworkin y Hart, más cercanas a un sistema de commonlaw”.

“Y esto, ¿qué tiene que ver con la ley de accidentes? Pues se vincula con lo que considero la evidente inconstitucionalidad en este nuevo paradigma (derecho vigente, que los positivistas, en particular, no podrían dejar de advertir dada su especial mirada sobre el derecho) del artículo 4 (y su complemento, el artículo 17, inc 2) que al crear la acción civil, prevé que sea el juez con competencia en esa materia quien atienda la cuestión. Y más aún, aplicando las normas de fondo, de forma y los principios del derecho civil (por lo reseñado supra, también normas de forma)”.

“Es desasosegante la oscuridad del legislador en el punto, que ha dejado de ver uno de los poquísimos puntos cero (quiero decir con esto, aspectos de acuerdo total entre diversas corrientes doctrinarias, ideológicas, políticas), que brinda el Derecho del Trabajo, siempre cruzado por las disputas. Me refiero a la desigualdad entre los contratantes”.

“El desacuerdo solo perdura en torno a la medida de esa desigualdad, y a si la misma desaparece en el área colectiva (lo que por cierto, no comparto), pero no en torno a su omnipresencia en la extrema generalidad de los casos. No todos son Bruno Gelber, quien podría tal vez, estar en mejores condiciones de imponer una condición”.

“El trabajador está “sometido” al empleador, al juego de la oferta y la demanda que se instala en los volubles períodos de escaso, mediano o pleno empleo. A consecuencia de los mismos, se atreverá o no a reclamar lo que necesita, a negociar una renuncia aun cuando no quiera hacerlo, se resistirá a ser testigo en la causa de un compañero, etc. Todos conocemos este dato de la realidad”.

“De allí que el legislador, en una suerte de *affirmativeaction*, intenta mejorar la posición del que está en peor situación, a través de los principios del Derecho del Trabajo: in dubio pro operario, irrenunciabilidad, etc, y la madre de todos ellos: el principio de la realidad. Precisamente, la fuente a partir de la cual todos reconocen, derecha e izquierda, la existencia de la diferencia”.

“Este “mejoramiento” de la posición, es previo a todo proceso judicial, y por lógica, el intérprete deberá tenerlo en cuenta cuando el mismo se produzca”.

“Quiero decir con ello, que la “mejora” de la posición del trabajador, campea a priori con lo cual, ante un juicio sobreviniente (situación a posteriori) también debe ser operativo. Puesto que no es real, que por el hecho de que el proceso sea dirigido por el juez, las partes queden automáticamente en estado de igualdad. No existe en el proceso, lo que no existió antes, más allá de la ficción legal”.

“Recordemos lo que dijimos de los testigos; tengamos también presente las absoluciones de posiciones, en donde por la empresa depone un experto, que no es el caso del trabajador; o las veces en que el trabajador no demanda a alguno de sus empleadores en una tercerización, para no quedar marcado en el circuito cerrado del mercado de trabajo de su especialidad, motivo por el cual se resiste a una citación de tercero, etc”.

“Consecuentemente, el juez debe mirar y guiar el proceso, imbuido de los principios de la especialidad, esos mismos que, por imperio de la nueva ley no resultarían aplicables, si el trabajador opta por la acción civil”.

“En cambio en el derecho civil (y no me refiero por cierto al Derecho del Consumidor, tan similar en su suerte al del Trabajo), las partes se presumen iguales en todo momento, y solo cuando sobreviene un hecho que revierte la situación (fuerza mayor, lesión enorme, etc), será dentro del proceso judicial, que el juez invertirá las cargas probatorias en beneficio del que se ha convertido en el más débil, habiendo dejado de ser un igual”.

“Con lo cual me pregunto, ¿cómo puede el legislador suponer que la desigualdad desaparece por el mero hecho de optar el trabajador por una acción civil, y que estamos ante un ciudadano más, igual a quien lo contrata o lo asegura?. El fuero específico, precisamente, tiene su razón de ser en esa relación despareja, que prevé una especial formación para quien juzga, completamente empapado por los principios de la disciplina”.

“Con la reforma, aunque quisiera el juez civil aplicar los principios de la especialidad (emulando por cierto al otrora juez comercial, Dr. Javier Fernández Moores, quien al desplazarse las causas laborales hacia el fuero comercial con la ley 24522, las resolvía aplicando los principios del Derecho del Trabajo, III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Mar del Plata – Argentina, 27, 28 y 29 de Noviembre de 1997), no podría, porque le está expresamente vedado. Con lo cual, él también se vería en la necesidad de declarar la referida inconstitucionalidad”.

“De manera que si un principio es una norma jerárquicamente superior, porque es la herramienta que brinda el derecho para resolver el enigma interpretativo, cuanto más si se trata de un principio que se encuentra en la cúspide del sistema mismo. En nuestro caso, los tratados con jerarquía constitucional, que nos introdujeron de lleno en el paradigma de los derechos humanos fundamentales”.

“El desplazamiento del trabajador de su juez natural, atrae una serie de perjuicios para el mismo. Evidentemente, se trata de una discriminación en tres sentidos, aunque siempre en perjuicio del mismo sujeto”.

“Por una lado, la que indicáramos precedentemente, al señalar que queda en peor posición quien se accidenta dentro del periodo de vigencia de la ley, que el que lo sufriera antes de ella. Este último sujeto, no solo contará con el beneficio de una pacífica jurisprudencia que le permitirá reclamar por la vía del derecho común, sino que en caso de reclamar en el marco de la antigua ley de riesgos, tendrá derecho a que se le apliquen en su favor, los artículos 17 inc. 6 y 3, de la ley 26.773, por su carácter adjetivo”.

“Por el otro, porque quien se accidenta dentro de su vigencia, no tendría los beneficios normativos e interpretativos de la disciplina específica, con los que sí cuentan los trabajadores cuando reclaman por otras cuestiones”.

“En tercer y último lugar, porque como se sigue de lo dicho en el acápite precedente, se pretende una igualdad dentro del proceso civil, cuando ni siquiera la misma existía en el laboral, porque sencillamente en la realidad, el trabajador siempre está en peor situación. De manera que este desplazamiento de juez, normas y principios, no hace más que profundizar la brecha en perjuicio del trabajador”.

“Esto demuestra la centralidad de lo adjetivo, al tiempo de efectivizar o no los derechos. Estos pueden verse negados cuando el juez laboral, al interpretar

el paradigma de los DDHHFF lo hace desde el derecho clásico, o cuando, como sucede en la ley 26773, directamente se desplaza al trabajador hacia un proceso civil con sus propias normas y principios. En ambos casos, se produce un resultado peyorativo, que atenta contra derechos fundamentales”.

“Esto significa que el aspecto adjetivo, incluyendo en este punto eminentemente al procedimiento judicial, puede resultar determinante para la realización de los derechos (efectividad, aspecto remarcadamente buscado por el nuevo paradigma), o para su negación. Como sería el caso de la nueva ley, de no desplazarse el artículo 4”.

“Al respecto, y con la mayor claridad, tiene dicho la Corte Interamericana 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 “LoriBerenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143, *negrita me pertenece*)”.

“En el mismo sentido se expidió en el Caso “Apitz Barbera y otros“, “Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 50)”.

“Esta exégesis nos permite conocer cuál es el estado de vigencia de los tratados es decir, el alcance interpretativo de los mismos (según art. 75, inc. 22 de la CN, al enumerar los tratados en las condiciones de su vigencia), de manera que por imperio de los principio *pro homine* y de progresividad, deberemos concluir que al perderse el juez natural, se produce una violación del principio de igualdad y del debido proceso. El mismo no se preserva solo porque el desplazamiento del juez natural opere para el futuro, ni porque no se creen “comisiones especiales” de juzgamiento”.

“En efecto, si por imperio de la realidad misma (y ya no lo digo a nivel normativo, sino del suceder cotidiano) la relación del trabajador y su empleador, e inclusive de la ART, no es de pares, el hecho de perder el juez natural con su especial versación, implica invertir la regla del paradigma vigente de los DDHHFF, y que el sujeto especialmente protegido, quede a merced del mercado, por pura discrecionalidad estatal (art.18 Constitución Nacional, arts. 8 y 25 de la Convención Americana de DDHH)”.

“He aquí un concepto que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido particularmente en cuenta, toda vez que no siempre estamos hablando de jurisdicciones militares”.

“En efecto, según surge del Resumen Ejecutivo, sobre “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, “hay una relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales disponibles y la posibilidad real de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el particular, tanto la Corte IDH como la CIDH han comenzado a precisar aquellos elementos que componen el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana respecto a los procedimientos de índole social, que presentan algunas características diferenciales respecto de otros procedimientos criminales o civiles, además de compartir también algunos rasgos comunes”.

“La Corte ha establecido que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. La Comisión Interamericana también ha remarcado, que las particulares circunstancias de un caso, pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para la CIDH, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación”.

“A su vez, la jurisprudencia del SIDH también se muestra últimamente más firme y asentada a la hora de exigir la efectiva vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión individual. En este aspecto, por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido la necesidad de que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos efectivos de reclamo para la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores”.

“El Sistema Interamericano “ha identificado un principio de igualdad de armas como parte integrante del debido proceso legal, y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. Este principio es sumamente relevante, por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto --trabajadores y empleadores-- o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales..” (negrita me pertenece)”.

“Precisamente, ese desfasaje entre empleador y trabajador, o entre ART y trabajador, lo vemos en particular destacado en un aspecto procesal, cual es la gratuidad, que constituye ni más ni menos uno de los aspectos centrales del procedimiento laboral, y que hace realidad el acceso a la justicia. De hecho, que en un proceso civil no contará el trabajador, con la garantía de acceso a la justicia que implica la gratuidad. Precisamente, el derecho del trabajo es hijo del Constitucionalismo Social (paradigma anterior al vigente), que con sus normas de corte adjetivo ha facilitado la búsqueda de un juicio independiente, justo, con jueces especializados”.

“Así, en el caso “Cantos” (Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97), la Corte se abocó a decidir, entre otras cuestiones, si el monto que los tribunales argentinos le requerían al peticionario en carácter de tasa de justicia, al habersele negado el acceso a un beneficio de litigar sin gastos, resultaba compatible con los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH. La Corte consideró que se trataba de una hipótesis de “obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda. Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho (...). Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio...”.

“Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...”.

“De tal suerte, la CIDH consideró violados los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Resumen Ejecutivo ya citado, lo que claramente sucedería con el trabajador que decidiera reclamar por la vía civil”.

“A la luz de todas estas interpretaciones, es evidente que el artículo 4 de la ley 26773, al desplazar la competencia sin justificativo alguno, colocando en peor situación al trabajador que ni siquiera será sometido a un proceso bajo los principios y reglas específicos del derecho laboral, viola el principio pro homine y resulta regresivo, dificultando el acceso a la justicia”.

Como lo anticipara, es precisamente en este momento, después de leer y escuchar todo lo que se ha pensado en relación con la ley 26.773, que encuentro necesario realizar una serie de nuevas consideraciones.

En efecto, de manera liminar, resuena de modo preocupante, la inteligencia de que lo que se objeta con la tacha al artículo de la 26.773, es pretendidamente “la versación de la justicia Nacional en lo Civil”.

Colegir semejante cosa de nuestros pronunciamientos (obviamente que recojo como un colectivo el inclusivo de los jueces laborales de todo el país, que hemos declarado esta inconstitucionalidad), es pretender de nuestra parte un cierto menoscabo para con nuestros colegas del otro fuero, cuando no es así. Si esta ha sido la intención, que me permito poner en duda dado que preferiría que no lo fuese, sería evidente que hace con nosotros, lo que no hemos querido hacer con los demás: descalificar. Sería muy torpe de nuestra parte, argumento semejante.

El punto que no logro poner en duda, porque me genera certezas, es aquel en que se afirma que así decidimos, “sobre la base de preferencias afectivas”. Cuando desplazar del juez natural, y más aún, impedir fallar bajo los principios propios de la materia laboral, no es ni más ni menos que incumplir con el derecho.

Pero hay también otra idea que resuena, a la que ya me he referido a fs50, cuando el autor al cual me refiero dice: “El derecho a la salud tiene el mismo rango constitucional que el resto de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional. Su invocación no puede afectar el ejercicio de los demás (***propiedad, libertad de contratación***, etc), debiendo ser interpretados y aplicados en ***armonía*** con el resto de los derechos y garantías afectados. Debe imperar la aplicación “***razonable***” de los derechos, y ***la invocación de los Tratados Internacionales no justifica ni valida soluciones derivadas de una interpretación forzada del derecho vigente***” (todas las negritas y cursivas me pertenecen).

Donde se hace alusión a una “armonía”, que por cierto, solo puede ser traducida en “jerarquía”, la que precisamente la propia CN y con ella los tratados internacionales que la integran, establece.

Luego, se llama interpretación “forzada”, al respeto de esa jerarquía, que curiosamente el autor de referencia niega.

Por el contrario, negar los rangos que el derecho vigente establece, y pretender que todo está en un mismo nivel, que el intérprete de turno manejará a su antojo, conformando una subjetiva “razonabilidad”, sí que parece una “preferencia afectiva”.

Y, finalmente, también observo la idea sostenida por parte de la doctrina y de quienes han sabido ser jueces, titulares de cátedra, doctrinarios, y lo más llamativo de todo, cultores algunos de ellos del positivismo jurídico (escuela que centra su análisis en el derecho vigente y el esquema de validez), tanto de que los principios normativos no son derecho (ver lo afirmado en sentido contrario en esta misma sentencia a fs50), cuanto que el principio de progresividad es un invento interpretativo, obviamente, en el sentido de las “preferencias afectivas”.

Este mismo grupo pretende también, que el bloque de convencionalidad no integra la racionalidad del sistema, es decir, el derecho vigente.

De modo que nos encontramos ante cuatro ideas fuerza, las que merecen comentarios en particular:

I. **Primera idea:** De ningún modo se pretende poner en cuestionamiento la versación de la Justicia Nacional en lo Civil, dicho ya sin analizar el tema del juez natural, al que in extenso me he referido en este voto, lo cual, nada tiene que ver con el despropósito de que el derecho escogido transforma la materia que da fundamento al negocio jurídico, peregrina idea que confundió a muchos en el tema del disregard.

Vale recordar esta cuestión, y en particular en lo vinculado a las extensiones de condena en etapa de ejecución, que los propios jueces comerciales desplazaban cuando les llegaban las causas por vía autónoma, entendiendo que el fundamento normativo en la ley de sociedades comerciales, no implicaba el desplazamiento de la materia laboral. De hecho, que memoro el fallo plenario “Alegre”, en donde los jueces civiles franceses advierten que una cuestión de tipo laboral, debe ser tratada con un onus probandi diferente, de manera que la carga probatoria para las viudas de los trabajadores no fuese leonina. Puede verse cómo se daba allí la situación inversa a la de este debate, es la Justicia Civil la que dice que esta es una cuestión de índole laboral, y por lo tanto hay que tratarla de modo diferente. Con el tiempo fue por un juez directamente especializado.

Precisamente, siguiendo esa lógica de las Galerías Lafayette, también cuestionamos el direccionamiento que pretende el legislador de las decisiones de los jueces civiles, a quienes se les prohíbe distinguir la materia sobre la que están tratando (recuerdo lo dicho en este mismo decisorio, a fs. 52, lo que se dijo en materia de competencia laboral/comercial en relación con el doctor Javier Fernández Moores), porque como lo sostuve, dicha materia no depende de la norma, sino de la relación que resulta la base del conflicto que se trata, que es justamente laboral.

Encuentro, entonces, que lo que se pretende como una preferencia afectiva, es simplemente el sometimiento al derecho vigente, reconociendo que desplazar una cuestión laboral hacia el juez civil, implica arrojar al trabajador a un área en donde la materia a tratar supone igualdad ante las partes, lo que claramente no es el caso del derecho del trabajo.

II. **Segunda idea.** La pretensión de que los valores constitucionales están todos en un mismo nivel, sin una jerarquía, entiendo que implica un error técnico (sino, por ejemplo, no habría orden público, orden privado y prejudicialidades).

Omitir los cambios de paradigmas, con su consecuente reorganización de valores, es ignorar que el derecho es hijo de la historia, y pretende que esta no cambia, encontrándonos en un eterno presente, como si estuviésemos siempre en una misma posición de fuerzas.

El que gana, legitima su poder con un derecho que da cuenta de sus intereses, de los de su grupo. Y, a veces, estos intereses implican permitir que, de una vez por todas, se reconozcan las necesidades de otros grupos, como una manera de lograr la paz social.

Ciertamente que una interpretación como la que pretende el autor de referencia, es fácilmente relacionable con la idea fuerza del punto I: si todos los derechos están en un plano de igualdad, es fácilmente desplazable una cuestión laboral hacia un juez civil.

Sin embargo, como se explicara al despejar esta cuestión, el paradigma sobre el cual se apoya el intérprete (de derecho clásico, nótese que los derechos entre los que compara son la salud, por un lado, la propiedad y la libertad de contratación, por el otro) ha sido superado por otros dos: constitucionalismo social y constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales, lo que implica una variación en la jerarquía de la pirámide normativa (imagen muy gráfica, para un positivista, y sin duda, para un analítico). Y ya no solo en la estructura general de la pirámide misma, sino en la escala de valores de cada nivel, la que, a su vez, debe responder a la variación en la escala de valores de la Constitución, la que se transforma al variar el paradigma.

De manera que cuando el autor nos habla de una interpretación “en armonía y razonable”, ninguno de ambos criterios aparece explicitado en norma alguna, resultando altamente subjetiva la mecánica, entrando en el rango de lo “emotivo”.

Por el contrario, el derecho ofrece una solución objetiva (en especial uno Continental como el nuestro, lo que permite comenzar a comprender porqué se procura llevar a Latinoamérica hacia un modelo de CommonLaw o Mixto – recordemos las Sumulas Vinculantes en materia laboral de Brasil-, más vulnerable a la política de turno), que es la de la jerarquía de valores.

Hasta resulta irrespetuoso con la inteligencia ajena que a esta jerarquía se la pretenda ignorable, bajo la argumentación de que existe otra interpretación que es “razonable” de los derechos, la cual debería predominar sobre la invocación de los tratados internacionales. Así se lo afirma bajo la artificiosa inteligencia de que con la interpretación a la luz de los tratados no se “justifica ni valida soluciones”, las que se entiende derivadas de una “interpretación forzada del derecho vigente”. Me pregunto, ¿qué norma dice que la salud, por ejemplo, no sea uno de los valores de la más alta jerarquía en el sistema, cuando, lo que se discute es la vida digna de una persona? Ninguna.

Esto nos lleva de lleno a la siguiente idea fuerza.

**III. Tercera idea:** Los principios normativos, constituyen supuestamente inventos interpretativos. Este tema ha sido tratado in extenso a fs. 50, y es aquí donde encuentro claramente emotiva e ideológica la pretensión de que no son derecho vigente.

Cuando, por ejemplo, el principio de progresividad surge de la Parte 2, art. 2:1, del PIDESC: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para **lograr progresivamente**, por

todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Además, si los principios normativos no tuviesen la fundamental labor de orientar al juez cuando está perdido, dudando precisamente en cuanto a la jerarquía, ¿por qué razón el legislador se ocupó especialmente al dictar la ley 26.773 de que el juez civil solo aplicase principios de su área y no del derecho del trabajo?

El motivo es claro. El resultado obtenido sería otro, distinto del que procura la Constitución Nacional en el marco del nuevo paradigma. Con lo cual “la interpretación forzada del derecho vigente”, es la que se pretende que sigan los jueces.

Todo lo dicho nos arroja finalmente a la última idea fuerza.

**IV. Cuarta idea:** Que los tratados del art. 75, inc. 22, no integran la racionalidad del sistema. Con lo cual, de aceptar esta tesis, no nos encontraríamos desde el año 1994 bajo el Paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales, aunque la propia Constitución les otorgue su misma jerarquía,. Lo cual, si lo pensamos un segundo, desde una visión positivista e, insisto, analítica, resulta inaceptable, y más que eso, lisa y llanamente ilegal para un operador jurídico.

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 CommonLaw, 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 KuKluxKlan 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 (*affirmativeaction*), **la cual se hizo necesaria en virtud del carácter eufemístico de la enmienda ya existente (14, sobre igualdad).**

Así, antes de instalada la *affirmativeaction* en el universo normativo de la nación, en la causa, se dio el caso **Dred Scott v. Sandford**(1852, durante la presidencia de MillardFillmore, 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 *affirmativeaction*. 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 *commonlaw*, 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.

Precisamente, en el caso que nos ocupa, el sistema jurídico no autoriza la ausencia del control de constitucionalidad de oficio, ni tampoco de convencionalidad, ambos, como se sabe, son imperativos, con lo cual no se trata de una intromisión en la labor de otros poderes, **sino de la labor misma del poder Judicial.**

En este punto y en extremo vinculado a la racionalidad, o derecho vigente, encuentro un obrar curioso en parte de la comunidad académica del derecho. La cual, como se verá, por un lado sostiene que los tratados internacionales no integran el derecho vigente, y que este a su vez carece de jerarquías, así como que los principios no son normativos, (todo lo cual tiene por finalidad, precisamente convertir en prácticamente inderrotable al sistema, puesto que marca un camino, que si es violado coloca a quien lo hace claramente fuera del derecho) dado que su derrotabilidad implica dejar librado al intérprete, totalmente la decisión, y que por el otro, en el marco de la universidad pública, investigue la posibilidad de “Un Procedimiento Laboral Formulario” (UBACYT).

En el propósito de esta investigación, se invierte la relación de fundamentación jurídica, puesto que se afirma que “la aparición de la informática jurídica hace necesario adaptar el razonamiento jurídico (y el método en el que se funda) a las posibilidades y requisitos de la nueva herramienta”, sometiendo los principios normativos, vigentes en el presente paradigma (obligatorio), a las supuestas bondades de la nueva tecnología, como si esta fuera totalmente neutral, o no pudiera a su vez someterse a relaciones ideológicas o de poder.

Esto implica una contradicción (o simplemente el sometimiento del derecho a “sus” preferencias, o a las del grupo de pertenencia), porque el derecho argentino, tiene un “programa” constitucional, hijo de la historia, que nos ha llevado al Paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales, que si se lo suplanta por el de un programador, subvencionado por determinadas fuentes de poder económico (Heller, Mario, *Ética y ciencia, la responsabilidad del martillo*, Biblos, Buenos Aires, 1996; y, en el mismo sentido, “Impacto ético, jurídico y social de los descubrimientos científicos y avances tecnológicos”, Revista Spes Nro. 11, del 27 de junio de 1999, de mi autoría, ponencia ante el XIX Congreso Mundial de Filosofía del Derecho realizado en Nueva York – junio de 1999, publicado también en la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales), se encuentra el modo silente de cambiar una objetividad por otra, solo que de manera inválida, simplemente porque la que existe no me gusta. Una clara subjetividad ajena a los métodos de cambio que el propio derecho prevé.

Muchas veces, cuando se tacha de ideológico el respeto por el derecho, lo que se oculta es que se pretende vaciarlo desde una interpretación ideológica, que desde la cátedra y la doctrina, sostiene un discurso contrario con lo mismo que enseña.

Retomando entonces el hilo del caso, no es otra cosa que el respeto por el derecho vigente, siempre y cuando el mismo supere el control de constitucionalidad que implica al de convencionalidad, el que me anima a considerar inadmisibles la incompetencia del fuero para entender en las presentes actuaciones.

Al respecto, ya hice referencia, a fs. 52, a las perjudiciales diferencias discriminatorias que se establecerían entre aquellos trabajadores accidentados antes o después de la fecha de vigencia de la nueva normativa, en caso de que la misma se aplicara como una divisoria de aguas.

Entonces, dado que el trabajador se encontraría eminentemente perjudicado, y siendo que estimo que el art. 4 de la ley 26.773 es inconstitucional, corresponde revocar la resolución a fs. 28/29 y determinar la competencia de esta justicia para entender en la causa.

Por las características especiales del caso,alzada sin costas (art.68 CPCCN).

**El Dr. Néstor M. Rodríguez Brunengo dijo:**

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Diana Cañal y agrego:

El último párrafo del art. 4 de la ley 26773 establece: “En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”. La norma se complementa con el ap. 2º del art. 17, que consagra la competencia en la Capital Federal de la Justicia Nacional en lo Civil.

Así, se consagra un intento de desplazar a los trabajadores de sus jueces naturales y se soslaya que lo verdaderamente relevante a efectos de fijar la competencia material es la alegación de un vínculo de naturaleza laboral. Lo que importa es que se trate de una relación de linaje laboral, y por ello las leyes de procedimiento fijan competencia para los juicios “aunque se funden en disposiciones de derecho común” (art. 20 ley 18345).

Asimismo, entiendo que se normativiza la violación del principio protectorio instaurado en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional que constituye al trabajador en sujeto de preferente tutela, así como de las normativas de los Tratados internacionales que constituyen el *iusCogens*, de prioridad insoslayable y de cumplimiento incuestionable ante lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Concluida en Viena el 23 de mayo de 1969, ratificada por la república Argentina el 5 de diciembre de 1972, entró en vigor el 27 de enero de 1980) en sus arts. 26 y 27 que vedan la posibilidad de invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado y establecen la obligatoriedad de los mismos y el deber de cumplirlos de buena fe.

En este punto es dable mencionar que la IX Conferencia Interamericana realizada en Río de Janeiro en 1947, aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo art. 36 establece que en cada estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo, y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos entre trabajadores y patronos. Este compromiso adquiere especial significación en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994, ya que con ella ingresó por la puerta grande de nuestro sistema jurídico, el Derecho Internacional de Derechos Humanos, con textos que tienen jerarquía supralegal y, algunos, constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Finalmente, debo indicar que si alguna duda existe respecto a que normativa deberá aplicarse no cabe más que acudir al principio “pro homine” que impone al intérprete la elección de la norma más favorable a la persona humana, conforme a lo decidido por la Corte en autos Cardozo, Fallos 329:2265. 2272/2273 y Madorran, para coincidir con la solución que propongo.

En cuanto a la remisión a los preceptos procesales del fuero civil, advierto que se da la espalda al principio “favor operari” y supone dos contendientes en iguales condiciones desconociendo la posición dominante del empleador. Obiter dicta, la iniciación de una acción judicial en lo civil obligaría al trabajador a pagar el impuesto de Justicia, o bien tramitar un beneficio de litigar sin gastos previamente, que insumiría tiempo y complicaciones suplementarias.

De esta manera, se desprotege a las víctimas y sus derechohabientes ya que, como indiqué, pierden la eximición de gravámenes fiscales (art. 41 ley 18345) y beneficios de gratuidad automáticos, se quita el impulso procesal de oficio, se establece la instancia de mediación previa obligatoria que rige en el fuero civil sin el mínimo control estatal, y se veda la interpretación de las normas de derecho común a la luz de los principios del derecho del trabajo que la adecuan a la realidad de las relaciones laborales.

A lo expuesto debe agregarse que nuestro máximo Tribunal en autos “Jaimes, Juan T. c/ Alpargatas S.A.” con fecha 5 de noviembre de 1996 expresó: “La competencia para resolver esta contienda no está dada por las disposiciones aplicables para determinar la extensión del resarcimiento o la valuación del daño, sino por la índole de las prestaciones que se invocan como insatisfechas, cuya consideración debe ser efectuada con los criterios particulares derivados del trabajo humano”.

Y en la causa “MUNILLA GLADYS NANCY C/ UNITY OILD S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL” el Procurador General de la Nación en su dictamen, que fue compartido por el alto Tribunal, expresó que: “la Justicia Nacional del Trabajo es la llamada a entender en esta presentación, desde que despojada la controversia de su innegable complejidad jurídica, nos encontramos frente a un infortunio suscitado en el marco de una relación de trabajo que tiene por sujeto pasivo a un empleador, en el que se reclama una reparación con amparo en disposiciones de derecho laboral y común, todo en consonancia con ... artículo 20” LO.

Por todo ello, **el Tribunal RESUELVE**: I. Revocar el pronunciamiento a fs. 28/29 y declarar la competencia de este Fuero para entender en las presentes actuaciones. II. Atento a la falta de contradictorio, alzada sin costas.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Néstor M. Rodríguez Brunengo  
Juez de Cámara

Diana Regina Cañal  
Juez de Cámara

Ante mí: Stella Maris Nieva  
5 Prosecretaria Letrada

USO OFICIAL