



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA IX

SENTENCIA INTERLOCUTORIA DEFINITIVA

CNAT SALA IX – EXPEDIENTE N° 26.022/2017/CA1

**AUTOS: “GALLARDO GABRIELA ELIZABETH C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ACCIDENTE – LEY ESPECIAL”** proveniente del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 44.

Buenos Aires, 21 de junio de 2018

**El Doctor Roberto C. Pompa dijo:**

**Y VISTOS:**

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal, con motivo del recurso deducido a fs. 47/50 por la parte actora contra la resolución dictada a fs. 45 que tras desestimar los planteos introducidos sobre la ley 27348, hizo lugar a la defensa de falta de acción deducida por la demandada y declaró inhábil la instancia judicial promovida, disponiendo el archivo de las actuaciones.

A fs. 52/5 obra la réplica de la contraria.

A fs. 61 se expidió el Señor Fiscal General Interino ante esta Cámara.

**Y CONSIDERANDO:**

I.- No puedo comenzar este voto sin recordar desde el principio algunos conceptos básicos de nuestro ordenamiento que, a mi entender, los jueces comprometidos con asegurar la Constitución Nacional y los Tratados internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas no pueden dejar de aplicar en un Estado Social de Derecho para el que fueron designados.

El primero se relaciona con la razón de ser del derecho del trabajo, producto de una larga lucha social y que implicó *“el reconocimiento de la dignidad del trabajo y del hombre que trabaja para la obtención de la justicia social”* (según el gran Maestro de nuestra disciplina, Doctor Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, T. I, La Ley, año 2000, p. 20), como aparece plasmado en los arts. 14 bis y 75.19 de la Constitución Nacional. No se discute que se han producido grandes cambios científicos, tecnológicos, económicos, culturales, sociales y políticos, y que, especialmente ha variado el rol del Estado que se debe constituir en garante de los derechos y propulsor del desarrollo y del progreso humano con justicia social. Como dijera el por entonces Señor Gobernador de la Provincia de Entre Ríos Moine, en oportunidad de la apertura de la Convención Constituyente del año 1994, *“las funciones que debe cumplir éste en favor del individuo y la sociedad, que son las que dan razón y justificativo a su existencia, y las estructuras adecuadas para ejercerlas, definen el modelo ideal de aquél, es decir, el que concebimos para el*





*logro de los propósitos y anhelos que perseguimos como Nación... No puede haber concepción alguna de él sin dejar de asociarlo a la idea del hombre como ser digno, esto es, como fin en sí mismo, y de esa aceptación surgirá como corolario inexorable el reconocimiento de sus derechos fundamentales, naturales, innatos, inalienables, anteriores y superiores a toda organización jurídico—política de una Nación, que de ningún modo los crea sino meramente los reconoce y tutela” (1ra. Reunión. Sesión Preparatoria del 25 de mayo de 1994).*

El segundo tiene que ver con los principios que informan la materia del derecho del trabajo y que precisamente llevaron a su independencia del derecho común, a dotarlo de autonomía, como lo son, entre otros, el principio protectorio y el de la irrenunciabilidad de los derechos derivados del trabajo, *“erigiendo al hombre que trabaja como sujeto de preferente tutela”,* como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso *“Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA” (CSJN, 14/09/04)*. Es más, el Máximo Tribunal no solo sentó ese postulado, sino que agregó un párrafo que considero dirigido a los jueces y que no se lo debiera olvidar, cuando sostuvo que *“Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las ‘leyes’ de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas ‘leyes’), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”,* conclusión que no viene sólo impuesta por el art. 14 bis, *“sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y*





*Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)}” (mismo Caso Vizzoti, ya citado).*

En el mismo sentido se ha dicho que *“En efecto, es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", y al precisar que éstas "asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor", la reforma constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. Impulsos estos percibidos por la Corte en temprana hora (1938), cuando juzgó válidas diversas reglamentaciones tutelares de la relación de trabajo con base en que el legislador argentino, mediante ellas, no hacía otra cosa que seguir "el ritmo universal de la justicia" (Fallos: 181:209, 213). Ritmo que, a su turno, la reforma de 1957 tradujo en deberes "inexcusables" del Congreso a fin de "asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables" (Fallos: 252:158, 161, considerando 3º). La "excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo" que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis "se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional" (ídem, pág. 163, considerando 7º y sus citas)” (CSJN, Caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, sentencia del 21 de Septiembre de 2004).*

De manera que los principios del derecho del trabajo debieran actuar como un faro que al tiempo que ilumine la labor de los operadores jurídicos, *“desaliente toda política del gobierno de un Estado o reforma legislativa o decisión judicial que pueda reducir el alcance y contenido de los llamados derechos sociales”*. Así, lo acaba de decidir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver en la Causa “Lagos del Campo vs Perú”, del 31 de agosto de 2017. De manera que si bien el legislador tiene la potestad constitucional de dictar normas y que esa potestad le viene dada por el Pueblo y por lo tanto es soberana, aun así se encuentra constreñido por los límites que le impone la Constitución Nacional y, ahora desde la reforma constituyente del año 1994, por los tratados internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, el imperio del legislador en materia de derecho del trabajo debe estar encaminado a la protección del trabajo y del hombre que lo realiza y si debe encarar una reforma legislativa, la misma debiera tener como norte esa protección





porque así lo manda expresamente el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional. Por consiguiente, los jueces del trabajo no tienen como función la de proteger a los trabajadores, sino que deben velar por el orden vigente y, en especial, garantizar su vigencia y cumplimiento.

De este modo, no debiera haber duda en que los cambios que puedan producirse en las nuevas formas de organización del trabajo y los nuevos modelos de producción, no pueden alterar la comprensión que debiera hacerse del derecho del trabajo como derecho de tutela y garantía en favor de los trabajadores, de modo que, como lo sostuvo históricamente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, *“cada vez que entren en conflicto un derecho derivado del trabajo con otro del capital, debiera ser el primero el que prevalezca porque en él está en juego la justicia social”* (CSJN, Caso “Práctico, Carmelo y otros c/Basso y Cía”, del 20/5/1960; Ídem, “Bercaiz s/jubilación”, 289:430, del año 1974), que cobran relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, como un medio para establecer la paz universal, pero también como un fin propio. Entre otros muchos instrumentos internacionales, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su turno, no han cesado en la proclamación y adhesión a este principio, que también reviste en el art. 34 de la antedicha Carta, según Protocolo de Buenos Aires (CSJN, Caso Aquino, ya citado), o en palabras del tribunal del sistema interamericano de protección de derechos humanos, en el derecho al trabajo *“se encuentra en juego el derecho a la vida, por lo que está comprometida la justicia social y la dignidad de las personas”* (CorteIDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18).

También se ha dicho que *“los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último”* (CSJN, Caso Vizzoti, ya citado).

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que, al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional.





Precisamente, en el 1er. Seminario organizado por la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo que sesionó bajo el título "Crisis global y derecho del trabajo", realizado en la Universidad Nacional de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, Argentina, los días 12 y 13 de noviembre de 2009, el Magistrado de Trabajo y Catedrático español Don Jesús Rentero Rover aludió al rol del Juez, en el sentido que *“la labor del juez de trabajo, imparcial pero no neutral, es la de escoger del abanico de normas nacionales e internacionales, legales y supraleales, la que mejor favorezca para alcanzar el principio a favor de la justicia social”*. Es decir, por la aplicación del principio de incorporación integral y tutela internacional, los jueces no solo deben adoptar las normas sustanciales como formales y los organismos de contralor y cumplimiento internacional, sino también, las interpretaciones que hagan estos sobre los alcances, contenidos, aplicación e interpretación de los tratados internacionales y sin que por esto se vean lesionados los principios de soberanía nacional, independencia y juez imparcial, en tanto ni los Estados a través de los órganos de gobierno, ni los jueces que integran los poderes de los Estados pueden renunciar a la aplicación de los contenidos impuestos por los tratados internacionales. De ahí la recomendación que la CorteIDH formulara al estado argentino *“para que promueva la capacitación de los jueces y otros funcionarios relevantes sobre los derechos fundamentales de las personas”* (CorteIDH, Caso Formerón e hija vs Argentina, del 27 de abril de 2012).

Este fue el espíritu que promovió la reforma del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, en el que aparece claramente diferenciada la norma del derecho. Así aparece receptada desde el artículo primero de ese ordenamiento, cuando expresamente se dispone que los casos que este Código rige *“deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables”*, pero agregando *“conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte”*, para agregar en el artículo siguiente que *“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*, lo que llevó a la Corte Suprema a resolver en su momento que *“En orden a la interpretación de las leyes, por encima de lo que ellas parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país; en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere. No deben interpretarse las leyes conforme a la desnuda literalidad de sus vocablos, ni según rígidas pautas gramaticales, sino computando su significado jurídico profundo; y al efecto ha de tenerse en cuenta*





*el contexto general de aquéllas y los fines que la informan” (CSJN, Fallos 263-227; 265-242; 265-256).*

Es aquí donde aparece el rol de los jueces en un estado social de derecho. *“Los jueces no deben ser ni esclavos de la ley, de manera que pueda afectarse la independencia de uno de los poderes del estado, ni caer en lo que se ha llamado la dictadura de los jueces, que pueda atropellar a los otros poderes constituidos. Sino que lo que el juez debe hacer es enjuiciar a la ley, para confrontarla con la Constitución Nacional y con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que son los vértices del ordenamiento” (Cfe. Roberto C. Pompa, “O Direito do trabalho entre a perspectiva econômica e a teoria dos direitos fundamentais”, en XVI ENCONTRO REGIONAL DA AMATRA VI y I CONGRESSO INTERNACIONAL DA AMATRA VI “Os direitos sociais na atual conjuntura do Mercosul”, Montevideo, R. O. del Uruguay, 26 al 28 de marzo de 2018), “para declarar su invalidez constitucional o convencional, aun de oficio cuando los contradiga” (CorteIDH, Caso de los Trabajadores Cesados del Perú).*

De manera que la intervención que cabe a los jueces no entraña, como lo resolviera el Más Alto Tribunal, *“injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano” (Caso Vizzoti, ya citado).*

Es decir, siguiendo a Valerio Massimo Manfredi en “El Retorno” cuando relata las aventuras del héroe del poema de Homero, Odiseo, los jueces *“no pueden en su función eludir enfrentarse a los peligros de su propia supervivencia...”*, de manera que, como ocurre en la Antígonas de Sófocles, cuando el poder (que es ejercido por Creonte) permita emitir un decreto temporario que pueda aparecer reñido con la ley divina y humana, ancestral y permanente (nómos), cabe interpretar el consecuente conflicto que se produce entre poder y justicia, como lo hace el filósofo Georges Steiner (Antígonas, Barcelona, Gedisa, 1987 – 1991, 2da. Edición), cuando citando las palabras de Sócrates (Platón, Critón 51 b – 51 c) señala que *“para hacer lo justo no se puede ser débil ni retroceder ni abandonar el puesto, sino que tanto en la guerra, como en el tribunal y en todas partes no hay que hacer lo que la ciudad y la patria ordene, sino persuadir lo que sea justo” (dikaion)*, lo que requerirá *“de la acción del uso necesario de la razón”* (como lo recuerda la Dra. Lucía García Blanco, en Primer Congreso Latinoamericano sobre impacto del consumo de drogas en el mundo laboral,





organizado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la COPREAD y la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, Buenos Aires, 29 de abril de 2015). De modo que el interrogante del *para qué hemos sido designados como jueces*, con su respuesta *sino para administrar justicia de manera justa*, constituye una valoración que día a día debiéramos realizar para prestigiar la magistratura para la que hemos sido honrados y sobre la que la población ha depositado nuestra confianza.

De esta manera, la concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y la relación entre lo que Ferrajoli llama *"democracia formal"* y *"democracia sustancial"*, se refleja en *"un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Esta es la tercera implicación del modelo garantista: Los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad"* (cfe. Ferrajoli, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil". Trotta. Madrid. 2009, pág. 25/26). De este modo, *"la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, es deber del Juez el de cuestionar la validez constitucional; y, por lo tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad"* (cfe. Ferrajoli, op. cit., pág. 26). En esta sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de puente entre derechos y personas y garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes. Precisamente *"porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera*





*incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en derechos, puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos" (cfe. Ferrajoli, op. cit., pág. 26).*

El tercer elemento tiene que ver con que, frente a la distinta situación de poder en la que se encuentran los trabajadores con relación a los empleadores, lo que otro gran Maestro de nuestro derecho como lo fue el Doctor Rodolfo Capón Filas lo definiera como la situación de *"hiposuficiencia del trabajador"* (cfe. Rodolfo Capón Filas, Tratado de Derecho del Trabajo, Capítulo XI, Edición Platense, 2014), *"resulta necesario introducir factores de compensación para el logro de un equilibrio que si no se los incluyese se vería alterado"* (CorteIDH, OC 4/84 del 19/1/1984).

Cuando se habla de garantías no se lo debe hacer únicamente como el complemento del derecho, sino *"como el conjunto de instituciones destinadas a hacer efectiva la vigencia de los derechos tutelados"* (cfe. Ferrajoli, Luigi, op. cit, páginas 25/6). Igualmente, *"a diferencia de otras disciplinas del ordenamiento jurídico, el bien de la igualdad no se hace visible como punta de partida en las relaciones de trabajo a raíz de la distinta correlación de fuerzas que enfrentan a las partes de las mismas, por lo que debe ser considerada como una finalidad a ser alcanzada"* (Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644; Idem, España, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior, en La forma del poder, Estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios, Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 656 y 644). En este sentido se ha resuelto que *"Concretamente, a esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes"* (CorteIDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, OC 18/03 del 17 de setiembre de 2003, voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19). Esta fue la razón precisamente para que en su momento el legislador nacional incorpore el art. 17 bis de la LCT que expresamente consagra que *"Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación"* (cfe. Ley 26.592, B.O. 21/5/2010).

Para que todo esto fuera posible, es necesario que el derecho del trabajo lo haga acompañado por un derecho procesal del trabajo que contenga los instrumentos y garantías para asegurar su eficacia, para que el hombre que trabaja, como ciudadano que es, *"pueda actuar y vincularse en la medida que lo haga*





*libremente, por lo que necesita los medios jurídicos adecuados para que además de ser titular de derechos, pueda ser titular del poder de ejercitarlos” (cfe. Bobbio, Norberto, Política e Cultura, Turín, 1955, p. 273), por lo que “debe garantizársele el poder expresado como derecho a que pueda exigir la protección de los derechos sociales de los que resulta titular” (cfe. Romagnoli, Umberto, “Del status al contrato y retorno”, Ara Editores, Perú, 2009, p. 23). En este sentido se ha resuelto que “si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas... En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección en el debido proceso que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal” (CorteIDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, OC 16/99, del 1 de octubre de 1999).*

Por ello, frente a la histórica relación asimétrica de poderes que se dan en el marco de las relaciones de trabajo, *“es a la parte más débil de esa relación la que le asiste no sólo el derecho de revisar los actos que se consideren arbitrarios del empleador o de quien deba satisfacer el cumplimiento de una obligación que le es debida o que se reclama como debida, sino también de poder acudir a los órganos jurisdiccionales de contralor, que no pueden sino estar en cabeza exclusiva del Poder Judicial del Estado, como órgano independiente, como garante de las compensaciones necesarias para que se proteja mediante decisiones que tienen el imperium de tener que ser respetadas” (cfe. Roberto Pompa, “Garantía de una justicia especializada en derecho del trabajo, con un procedimiento que recepte el principio de protección”, Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana, Editorial I B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 209/210).*

Así, la intervención de la justicia del trabajo, como órgano especializado en resolver los conflictos derivados del trabajo, no se constituye únicamente como parte natural de uno de los poderes del Estado, sino que en la competencia laboral se erige en el órgano necesario, independiente, especializado y garante *“para que los trabajadores puedan ir a reclamar en igualdad los derechos que se consideren conculcados y evitar de esta manera la gravitación resultante de la distinta posición económica”*, como lo pusiera de relieve el Mensaje de Elevación del Decreto 32347 del 30 de noviembre de 1944 de creación de los Tribunales de Trabajo de la República Argentina. Así lo resolvió la Corte Suprema en oportunidad de resolver en autos *“Jaimes Juan Toribio c/*





Alpargatas S.A.” del 5 de noviembre de 1996, cuando sostuvo que *“corresponde a la justicia del trabajo el conocimiento y decisión de las causas por riesgos derivados del trabajo”* y como lo resolviera de la misma manera esta Sala IX en la que tengo el honor de integrar (in re “S. G. A. c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. y otro s/ accidente – acción civil.”- CNTRAB – SALA IX –Sentencia del 06 de diciembre de 2013).

Considero oportuno recordar que *“la creación de la Justicia del Trabajo resultó ser una absoluta garantía para los obreros y patronos, de manera que el obrero que no posea medios pueda estar en las mismas condiciones de defender sus derechos que aquellos que los poseen, ya que la justicia social es la justicia más imprescindible sobre la tierra”* (cfe. Enrique Pérez Colman, en oportunidad de cumplirse el primer aniversario de la creación de la Justicia del Trabajo en la República Argentina). Así, se ha resuelto a través de fallos señeros que *“la actuación de la Justicia especializada constituye un imperativo para un trabajo decente al tiempo que una justicia propia y autónoma hace posible el cumplimiento de los preceptos que permitan dotar de autonomía a la materia sustancial del trabajo al consagrar los propósitos universales de afianzar la justicia y promover el bienestar general inserto en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica. La Justicia del Trabajo actúa a través de sus órganos naturales bajo las reglas de la imparcialidad en las garantías del proceso, pero desde el momento en que opera sobre relaciones entre desiguales lo debe hacer con un contenido de no neutralidad en la aplicación del derecho en razón que tanto el ordenamiento constitucional como el legal colocan a los trabajadores como sujetos de preferente tutela como ya fuera expuesto, con lo que resulta válido consagrar la cuestión de una desigualdad para mantener una igualdad y la prevalencia de los derechos sociales para seguir el ritmo universal de la justicia a los vientos del derecho internacional de los derechos humanos”* (CSJN, Caso “Vizzoti” citado, considerandos 9 y 10). La justicia se convierte así *“en el corazón de todo derecho”* (cfe. Rossi, Abelardo, “Aproximación a la justicia y a la equidad”, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000). Por lo que *“frente a la seguridad que da la ley está la justicia que da la equidad y no puede haber seguridad firme y permanente sin justicia como remedio supremo de todo orden social justo”* (cfe. Grisolia, Julio A., “Los jueces y la equidad”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social nº 9, Abeledo Perrot, ps. 753 y ss).

De manera que el futuro en la construcción de un orden social más justo pasa necesariamente por la defensa de los más elevados principios universales del derecho del trabajo, como la emancipación social y la dignidad de la persona humana. Los derechos necesitan ser efectivizados en el día a día de la sociedad. Se ha señalado que *“Defender la constitución, los tratados internacionales, el derecho del trabajo y la justicia especializada del trabajo*





*significa respetar al ser humano, proteger jurídicamente en derecho al hiposuficiente y garantizar el principio constitucional de acceso a la justicia, en tanto los pueblos no progresan si sólo se enuncian sus derechos, debiendo otorgarse las condiciones para realizarlos” (cfe. Athayde Chávez, Luciano, en revista “Y Considerando” de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año 14, n° 91, ps 14 y 15). De ahí que “si bien la existencia de una justicia del trabajo viene impuesta por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (art. 36), no menos cierto es que se la debe dotar de contenido para que no se transforme en un saco roto por el que se puedan escurrir los derechos y garantías llamadas a proteger, de modo que como consecuencia del principio protectorio que rige la materia resulta imprescindible la plena vigencia de contar con una justicia especializada que pueda bajarlo del enunciado a la realidad” (cfe. Pompa, Roberto, Mensaje de apertura del Foro Permanente por la Defensa de la Justicia del Trabajo, Buenos Aires, 5 de octubre de 2004).*

*Ahora bien, “Como consecuencia de la globalización se han generado nuevas formas de poder autónomo que ponen en jaque la centralidad y la exclusividad de las estructuras jurídicas del Estado moderno, basadas en los principios de soberanía y territorialidad, en el equilibrio de los poderes, en la distinción entre lo público y lo privado y en la concepción del derecho como un sistema lógico formal de normas abstractas, genéricas, claras y precisas. Cuanto mayor es la velocidad de los procesos dominados por el orden económico, más resulta atravesado el Poder Judicial por las justicias inherentes, bien a los espacios infraestatales, bien a los espacios supraestatales que quieren suplantarla” (cfe. Faría, José Eduardo, “La globalización y el futuro de la justicia”, en Revista “Contextos”, n° 1, p. 137), lo que explica no sólo la flexibilización de los derechos sociales, sino también los intentos por eliminar directamente la justicia del trabajo, que son vistos por los impulsores de las políticas neoliberales “como un obstáculo para el logro de una mayor productividad” (Hayek, F.A., “Los sindicatos y la ocupación obrera”, Buenos Aires, 1961), facilitándose tanto la pérdida de derechos “en una materia que se caracteriza precisamente por la irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos consagrados, como dificultándose o impidiendo lisa y llanamente el acceso a la justicia cuando se trata éste precisamente de un derecho humano universal y fundamental” (cfe. Pompa, Roberto, “El discreto encanto de querer eliminar la Justicia del Trabajo”, en revista “Y Considerando” de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año 2004). Por ello, el movimiento legislativo contemporáneo, en lo que respecta a las normas que rigen las relaciones jurídicas del capital y el trabajo, dio forma a un nuevo derecho cuyo contenido social y humano tiende a proteger como se dijo a la parte más débil de la relación, “por lo que frente a problemas que justifican la existencia de un*





*derecho autónomo, debe admitirse la necesidad de un fuero y un procedimiento propio, pues no sería posible que, mientras la legislación de fondo fuera creando un régimen jurídico de excepción, el derecho procesal se mantuviera estacionario, lo que aparece agravado por normas que impiden, retardan o dificultan el acceso a la justicia. Con más razón cuando confluyen las dos circunstancias de regresión de los derechos, esto es reforma laboral regresiva más dificultad de acceso a una justicia que ya se encuentra de por sí en un estado de crisis por la sustracción de los conflictos de la órbita de los jueces, limitación presupuestaria, escasez de recursos, intentos de transferirla y demoras injustificadas en cubrir los cargos vacantes de jueces, todo lo cual no solo afecta el buen funcionamiento de la justicia sino que constituyen graves obstáculos para que las personas en general y los trabajadores en particular puedan ejercer y recabar el amparo de sus derechos en forma rápida y eficaz, teniendo en cuenta el carácter alimentario de los créditos, lo que pone en riesgo el Estado democrático y social de derecho y consecuentemente a todos los ciudadanos”* (cfe. Barbagelata, “La justicia del trabajo en los tiempos de neoliberalismo”, ponencia al VIII Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional, Políticas Sociales para la justicia social”, FAES, Buenos Aires, 1996). En el mismo sentido se dijo que *“Los que pretenden menoscabar la existencia de la Justicia (nacional) del Trabajo quieren en realidad una justicia del sometimiento e inequidad”* (cfe. Héctor P. Recalde, Asociación de Abogados Laboralistas, en II Jornadas en Defensa de la Justicia del Trabajo). Los proyectos que tienden a desmembrar o desnaturalizar la existencia de la Justicia Nacional del Trabajo resultan violatorios del propósito universal de afianzar la justicia, de promover el bienestar general que procuran los pueblos civilizados y de tutelar los derechos humanos y sociales fundamentales consagrados a nivel constitucional y en los tratados internacionales sobre los derechos fundamentales del hombre. En síntesis, el análisis económico del derecho constituye el sustento ideológico de toda la propuesta que pretende solucionar la crisis del sistema judicial a través de la incorporación de los mecanismos de funcionamiento de las empresas privadas en una economía de mercado en una suerte de *soft law*, desjerarquizando el carácter institucional inherente al Poder Judicial, al que no solo se intenta desestabilizar sino incluso reemplazar por instancias privadas o administrativas de solución de conflictos, carentes de los factores y mecanismos de compensación que tiendan a la protección de la parte más débil de la relación.

Otra cuestión tiene que ver con el impulso de los derechos humanos fundamentales y, en este caso con el derecho del acceso a la justicia como un derecho fundamental. *“Los progresos del constitucionalismo a escala universal permiten configurar y construir hoy el derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA IX

*derechos fundamentales, a partir de un modelo o sistema garantista que permite estructurar la legalidad, no sólo en cuanto a las formas de producción de las normas, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica” (cfe. Ferrajoli, Luigi, ya citado, ps. 17/20).*

El acceso a la justicia constituye un derecho humano esencial, consagrado por señeros tratados internacionales como, a modo de ejemplo, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del PIDCyP, cuando establecen, entre otros, el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la ley o la Constitución, disponiendo de un procedimiento sencillo y breve por el cual la Justicia “competente” lo ampare contra actos tanto de particulares como de la autoridad pública. La Convención Americana consagra que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna, posición económica o cualquier otra condición social, a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La autonomía, independencia e imparcialidad de los miembros del Poder Judicial “*apela a la adopción de medidas que aseguren el acceso irrestricto a la jurisdicción, la sustanciación de las causas, conforme al debido proceso legal y su conclusión en un plazo razonable mediante sentencias exhaustivas*” (CIDH, Informe anual 1992/1993, p. 227; pp. 484 y 485, Estado de Nicaragua).

El artículo 8 de la Convención Americana establece por su parte que “*toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente*”, mientras que el artículo 25 dispone que “*toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes*”, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso.





El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, reconoce que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*.

Según la Carta de las Naciones Unidas, *“los Estados están obligados a crear condiciones para la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales y de otras fuentes del derecho internacional, y fundamentalmente están obligados a cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta”*, al tiempo que *“los Estados no pueden invocar su derecho interno como justificación para dejar de aplicar el tratado internacional”* (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, arts. 26 y 27), de manera que *“los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, a través de medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia, en tanto el corpus iuris de los derechos humanos como las garantías de estos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principio característico de la sociedad democrática”* (CorteIDH, OC 17/2002).

En la doctrina jurisprudencial de los Estados Unidos, W.W. Willoughby explica que en su país, *“la atribución de facultades “cuasi judiciales” a organismos administrativos se ha considerado válida, fundamentalmente, respecto de “asuntos” que atañen a derechos públicos”*. Y añade, *“sería indudablemente declarada inconstitucional una ley que pretendiera poner en manos administrativas la decisión final de controversias entre particulares”* (The Constitution of the United States, ed. 1929, T. III, pág. 1655).

Por el contrario, *“las víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen derechos fundamentales frente al Estado, como el derecho a la justicia y el derecho al restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias y el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados y los principios rectores del proceso penal se aplican mutatis mutandi a los de naturaleza administrativa, civil y laboral”* (CorteIDH, Caso Baena Ricardo y otros c/Panamá, Sentencia del 2/2/2001, Fondo, reparaciones y costas).

Precisamente, sobre la base de que se tratan de relaciones jurídicas entre particulares, en tanto las ART son sujetos de derecho privado, la Corte Suprema ha dicho que *“las cuestiones atrapadas en la norma no pueden considerarse federales ni en razón de la materia, porque los accidentes y enfermedades del trabajo son de derecho común, aun cuando se considerase a la*





*ley incluida dentro de la seguridad social, ni en razón de los sujetos, puesto que los trabajadores, empleadores y Aseguradoras de Riesgos del Trabajo son sujetos de derecho privado” (CSJN, Caso “Castillo Ángel c/Cerámica Alberdi SA”, del 7 de setiembre de 2004).*

Asimismo, es oportuno señalar que se encuentra consagrado por la Constitución Nacional el derecho al desarrollo de un derecho progresivo a través de la cláusula de progreso introducida por el art. 75.19 CN, *“que no admite retroceso en materia de derechos ya alcanzados”* (cfe. Christian Curtis y Víctor Abramovich, *“Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”*, CELS, 2006; Idem, Rolando E. Gialdino, *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”*, Abeledo Perrot, 2013). Pero es el texto de la propia Constitución Nacional la que consagra que ese desarrollo no se puede alcanzar a expensas de los imperativos de la justicia social (cfe. Art. 75.19 CN ya citado). La noción de desarrollo humano y progreso económico con justicia social, importa *“un claro apartamiento de las posiciones que propiciaban un desarrollo desalmado, colocando ahora al hombre en el centro del escenario jurídico y de protección tal como fuera propiciado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su informe de 1995”* (cfe. Gelli María Angélica, *“Desarrollo humano, igualdad y Constitución”*, La Ley, del 8 de mayo de 1996). Los Estados *“tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera, máxime también cuando les corresponde garantizar la justa distribución de los ingresos y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de erradicar todas las injusticias sociales”* (ONU, AG 1986, Declaración sobre el derecho al desarrollo). En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (y ahora, también Ambientales), sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, *“mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”* (cfe. CorteIDH, Caso *“Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que *“les está vedado a los Estados adoptar políticas, medidas y sancionar normas jurídicas que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posteridad a cada avance regresivo. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la*





*prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes sin una justificación suficiente” (CIDH, OG 08/Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en una decisión que resulta categórica y esclarecedora, que “el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre el conjunto de la población teniendo presente los imperativos de la equidad social. Es decir, los indicadores de progreso tienen que incorporar los avances en la realización de los derechos y no considerar los adelantos o retrocesos en términos de desarrollo económico o social, por lo que se debe diferenciar entre progreso económico y social y cumplimiento de los derechos ya alcanzados, por lo que podríamos afirmar nunca menos en derecho. El derecho al trabajo se asimila así al derecho a la vida, porque el hombre a través del trabajo, además de alcanzar su trascendencia, le permite obtener los medios para lograr su subsistencia” (CorteIDH, caso Condición jurídica y derecho de los migrantes, del voto del juez García Ramírez, como ya fuera recordado). En el mismo sentido, resultan relevante las palabras del Convencional Lavalle, en oportunidad de la discusión del texto constitucional de 1957, cuando sostuvo que “un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución Nacional, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá para adelante” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación 1958, t. II, pág. 1060)” (conf. CSJ, 906/2012 (48-R)/CS1, in re: “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo” de fecha 24 de noviembre de 2015). De manera que toda nueva norma que en este sentido se dicte debe ser para ampliar su contenido y/o para hacerlo más extensivo, “en tanto el PIDESC (art. 11.1) reconoce el derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia, al tiempo que el art. 29.b de la Convención Americana prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos” (CorteIDH, Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awas Tingni). En definitiva, se trata de la propia doctrina de nuestro Máximo Tribunal de Justicia cuando “en función de la plena aplicación del principio pro hómine que emana de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Fundamentales de las personas, deben adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías, mientras que, en el sentido opuesto, corresponde establecer pautas restrictivas si se trata de medir limitaciones a los derechos, libertades y garantías reconocidas” (CSJN, Causa “Asociación Trabajadores del*





Estado s/acción de inconstitucionalidad”, del 18 de junio de 2013, A. 598.XLIII, considerando 10).

Con relación a la controversia doctrinaria acerca del reconocimiento de la progresividad como principio, la misma ha sido zanjada desde que fuera aceptado y definido como un *principio arquitectónico* por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sostuvo que un retroceso en materia de legislación social provoca *“un grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se “compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1). La norma, por lo pronto, “debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo “más explícita y eficazmente posible” a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23). Más todavía; existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 y N° 15, cits., págs. 103 -párr. 32- y 122 -párr. 19-, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1. El mentado principio de progresividad, que también enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26), a su vez, ha sido recogido por tribunales constitucionales de diversos países. Así, vgr., la Corte de Arbitraje belga, si bien sostuvo que el art. 13.2.c del PIDESC no tenía efecto directo en el orden interno, expresó: “esta disposición, sin embargo, se*





*opone a que Bélgica, después de la entrada en vigor del Pacto a su respecto [...], adopte medidas que fueran en contra del objetivo de una instauración progresiva de la igualdad de acceso a la enseñanza superior..." (Arrêt n° 33792, 7-5-1992, IV, B.4.3; en igual sentido: Arrêt n° 40/94, 19-5-1994, IV, B.2.3). Este lineamiento, por cierto, es el seguido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al censurar, por ejemplo, el aumento de las tasas universitarias, dado que el art. 13 del PIDESC pide por lo contrario, esto es, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita (Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22). En un orden de ideas análogo, el Tribunal Constitucional de Portugal ha juzgado que "a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social, el respeto de la Constitución por parte de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación positiva, para transformarse (o pasar a ser también) una obligación negativa. El Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social" (Acórdão N° 39/84, 11-4-1984, la itálica es del original; asimismo: Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª. ed., pág. 469 y la doctrina allí citada, a propósito del "principio de prohibición de retroceso social" o de "prohibición de evolución reaccionaria"). De su lado, el Consejo Constitucional francés, con referencia a los objetivos de valor constitucional, tiene juzgado que, aun cuando corresponde al legislador o al Gobierno determinar, según sus competencias respectivas, las modalidades de realización de dichos objetivos y que el primero puede, a este fin, modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas proclamadas con anterioridad, esto es así en la medida en que no se vean privadas las garantías legales de los principios de valor constitucional que dichas disposiciones tenían por objeto realizar (Décision n° 94-359 DC del 19-1-1995, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel* 1995, París, Dalloz, págs. 177/178, párr. 8). Es esta una muestra de la jurisprudencia llamada du cliquet (calza que impide el deslizamiento de una cosa hacia atrás), que prohíbe la regresión, mas no la progresión" (CSJN, Caso Aquino, ya citado).*

Es cierto que la actuación de los órganos administrativos como instancias judiciales o cuasi judiciales han sido admitidas por la doctrina y la jurisprudencia, pero con carácter excepcional, como ocurre a modo de ejemplo en la Sentencia dictada el 5 de abril del 2005 por el Alto Tribunal en los autos "Ángel Estrada y Cía S.A.", como fuera señalado en el Dictamen del por entonces Señor Procurador General del Trabajo Doctor Eduardo Álvarez, cuando recordaba que la Corte Suprema de Justicia de la Nación "fue muy clara al respecto y, en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA IX

aras de resumir las exigencias de legitimidad de todo diseño que atribuya a organismos ajenos al Poder Judicial el conocimiento inicial de los conflictos, cabe requerir, a) una tipología de controversias cuya solución remita a conocimientos técnicos específicos y a respuestas de automaticidad y autoaplicación, b) un procedimiento bilateral que resguarde de una manera cabal el derecho de defensa de los peticionarios, c) una limitación temporal del trámite razonable y de plazos perentorios, que no implique dilatar el acceso a la jurisdicción y, d) la revisión judicial plena, sin cercenamientos y en todas las facetas de la controversia” (Dictamen nro. 72879, del 12 de julio de 2017, recaído en la causa “Burghi Florencia Victoria c/Swiss Medical ART s/Accidente – Ley Especial”), el que se reproduce al replicar la vista conferida por este Tribunal en las presentes actuaciones.

Del mismo modo, el carácter restrictivo que se le debe conceder a la actuación de los órganos administrativos dotados de facultades jurisdiccionales, constituye uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes, al tiempo que la creación de esos órganos deben estar destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, cuya actividad debe encontrarse sometida “a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente” (cfe. CSJN, Causa “Elena Fernández Arias y otros vs José Poggio, Sucesión”, del 19 de setiembre de 1960).

De manera que la intervención de un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales sólo puede ser admitida, en el diseño de la Constitución Nacional, en circunstancias excepcionales para no violentar el derecho fundamental consagrado a nivel constitucional como de los tratados internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas de acceso a la justicia, en la medida que exista un interés público que permita desplazar al menos temporalmente la actuación del órgano judicial como poder encargado de resolver las controversias sobre las que deba intervenir y decidir y en la medida que exista un remedio judicial de revisión que pueda ser considerado suficiente.

II.- Sobre el diseño de la ley 27348, cabe señalar que no ha sido prolijo su tratamiento sino que se encontró reñido con elementales pautas de hermenéutica jurídica, desde que, es oportuno recordarlo, existieron al mismo tiempo y de manera simultánea, un proyecto de ley que contaba con media sanción parlamentaria y un decreto de necesidad de urgencia sobre el mismo texto, en un contexto, además, de convocatoria a sesiones extraordinarias para el tratamiento del primero (cfe. Neffa Julio César (coord), Raffaghelli Luis, Pompa





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA IX

Roberto, Rodríguez Carlos, Padín Luis Federico, Palermiti Domingo, Jaureguiberry Marina (2017), “Una reforma que no resuelve los problemas de los riesgos del trabajo en Argentina: debate interdisciplinario en la UMET, Buenos Aires: Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo”, ISBN 978-987-4092-10-6). En efecto, al tiempo que el DNU 54/2017 se encontraba en estado de ser debatido el día 8 de febrero de ese año por la Comisión Bicameral Permanente creada por la Constitución Nacional reformada en el año 1994, con fecha 7 de febrero de ese mismo año, el PEN decretó convocar al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias para el tratamiento legislativo de la misma materia regulada por aquél instrumento normativo. Lo más llamativo fue que esa convocatoria se realizó sin disponer dejar sin efecto el DNU que antes se había dictado, por lo que se dio la singularidad que coexistieron dos instrumentos normativos sobre la misma materia y con prácticamente idéntico contenido, un proyecto de ley para ser tratado por la Cámara de Diputados y un Decreto de Necesidad y Urgencia, el que fue dictado como fundamento “*por el importante retraso*” que irrogaría el trámite legislativo ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, en ambos casos, reitero, sobre la misma materia. Sin perjuicio de resaltar la inconveniencia de sentar como precedente el dictado de un decreto de necesidad y urgencia con el presupuesto del importante retraso que pueda observar el trámite ante una de las Cámaras del Congreso de la Nación, en tanto ello generaría un precedente de gravedad institucional que sepultaría la labor de un poder del Estado, cuando le compete a este órgano natural del Poder Legislativo la formación y sanción de las leyes y cuando expresamente le está vedado a quien ejerza la titularidad del Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo (cfe. artículo 99 de la Constitución Nacional), bajo pena de nulidad absoluta e insanable y salvo circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir con los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, que en el caso, se vio que no ocurrían desde la convocatoria al llamado de sesiones extraordinarias. Precisamente, esas circunstancias excepcionales fueron definidas por el Más Alto Tribunal al resolver el Caso “Peralta, Luis y otros c/Estado Nacional – Ministerio de Economía – Banco Central, año 1990, el que fue dictado en el contexto de una grave crisis económica y social, en un estado de emergencia que ahora no fue declarado, por el que se establecieron una serie de requisitos, que se pueden resumir en: *Una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado y la inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados*. Posteriormente, al resolver la Causa “Verrocchi, Ezio Daniel c/PEN” del año 1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que “*para su procedencia era necesaria la existencia de un estado de necesidad en términos de imposibilidad del Congreso para dictar normas y que la situación*





sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente”, desestimando “la invocación de razones de meras conveniencias”, imponiendo el recaudo de que debían contener “suficiente motivación para poder efectuar el oportuno y posterior control de razonabilidad” y que “no se aniquile el derecho limitado mediante la norma”, doctrina que luego diera lugar a la sanción de la ley 26122 (B.O. 27 de julio de 2006) que los regula.

De manera que no encuentro motivos suficientes que puedan haber justificado su dictado cuando, como se vio, la instancia parlamentaria había sido habilitada con la convocatoria del llamado a sesiones extraordinarias. En este sentido, se resolvió que “el PEN no puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se hallen sujetos al control judicial” (CSJN, Caso “Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación y Formación del Consumidor c/PEN, año 2010), agregando en su voto la Dra. Carmen de Argibay que “se parte de la presunción de su inconstitucionalidad”.

Asimismo, la posibilidad de que puedan ser sujetos de revisión judicial, cierra la discusión acerca de si las facultades del PEN puedan o no ser justiciables. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló, en otro fallo que debiera servir como norte para los jueces, que “Entre las garantías del debido proceso, amén de la intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, es menester que el Tribunal no invoque, como justificativo para eludir el control, la ausencia de poder para determinar el alcance de los derechos reclamables por el justiciable, en violación al artículo 8 de la Convención Americana. El desarrollo de la tutela judicial efectiva no se agota en el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada y establezca la procedencia o no de la pretensión jurídica. Esa decisión es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial (artículo 25 de la Convención Americana), que debe estar también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales” (CIDH, Caso “Carranza Gustavo vs República Argentina”, año 1997).

Ahora bien, tanto el DNU indicado, como la ley 27348, disponen, en el artículo 2 y en el artículo 1, respectivamente, que “las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el artículo 51 de la ley 24.241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención” para que el trabajador comprendido en algunas de las prestaciones de la ley 24557 y sus modificatorias pueda iniciar la petición de su reclamo. Ya se ha señalado que la instancia administrativa con alcance jurisdiccional sólo puede ser aceptada “de modo excepcional y en la medida que exista un interés público que permita desplazar al menos temporalmente la actuación del órgano judicial como poder encargado de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA IX

*resolver las controversias sobre las que deba intervenir y decidir” y que para ello “deben existir motivos suficientes” que justifiquen el desplazamiento del órgano competente del Poder Judicial para no afectar la intervención del juez natural del proceso.*

Considero que estos recaudos no se encuentran cumplidos en las normas que se cuestionan.

En primer lugar, porque soy de la opinión que no se da en la especie un interés público especial que pueda justificar el apartamiento de los órganos propios del Poder Judicial para conocer y resolver las cuestiones litigiosas llamadas a resolver, en tanto las relaciones jurídicas que se enfrentan en algunas de las contingencias y prestaciones que se peticionan son extrañas a las razones que en alguna oportunidad pudieron admitir con carácter excepcional la actuación de los órganos administrativos jurisdiccionales. Resulta oportuno señalar que en el presente “Angel Estrada” citado, se trataba de los perjuicios ocasionados con motivo de las interrupciones en el servicio de suministro eléctrico, provocando el reclamo al por entonces Ente Nacional Regulador de la Electricidad, a la Secretaría de Energía y Puertos de la Nación y a Edesur S.A, asumiendo el primero la policía del servicio, “*por lo que estando en juego los preceptos de la ley 24065, referida al servicio público del transporte y la distribución de la electricidad con alcance nacional, la cuestión era de indudable carácter federal*”. Algo similar ocurriría con el otro precedente citado en el Dictamen “Burghi” de la Procuración, me refiero al caso “Fernández Arias”, en el que diversas disposiciones legales referidas al desalojo de los arrendatarios no autorizaban la intervención posterior de los órganos del Poder Judicial.

En el caso de las normas cuestionadas que son traídas a conocimiento de este Tribunal, el Más Alto Tribunal de Justicia de la Nación fue claro en fallar que, según lo estableció esta Corte para octubre de 1917, y lo sostuvo de manera constante, “*las responsabilidades por accidentes de trabajo a que se refiere la ley (9688) y que nacen de hechos ocurridos en la ejecución o cumplimiento de contratos entre patrones y empleados u obreros, son de carácter común*” (CSJN, “Recurso de Hecho deducido por la Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. en la Causa Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.”, del 7 de setiembre de 2004) y ello, especialmente porque como se resuelve en el mismo precedente, la citada ley regula sustancialmente sólo relaciones entre particulares y no aparece manifiesta la existencia de una específica finalidad federal para sustentar una declaración de tal naturaleza, en tanto la aparición de las aseguradoras de riesgos del trabajo como nuevo sujeto en los nexos aludidos, lejos de enervar este aserto lo consolida, desde el momento en que aquéllas son “*entidades de derecho privado*” (cfe. ley 24557, art. 26 inc. 1), por lo que no es constitucionalmente aceptable que la Nación pueda, al reglamentar materias que





son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el citado artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

En función de ello, tratándose de relaciones entre particulares, se ha resuelto que *“Resulta inadmisibile supeditar que el acceso a los estrados judiciales pueda quedar condicionado o supeditado al previo cumplimiento de un trámite administrativo”* (CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la Causa “Gravina Raúl Cesar c/La Caja ART SA s/ordinario”, del 27 de agosto de 2013).

De manera que imponer obligatoriamente a los trabajadores o sus causahabientes una instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente, afecta a mi entender, gravemente, el derecho constitucional y el de los tratados internacionales de derechos humanos cuando aseguran el acceso irrestricto a la justicia como órgano ordinario encargado de resolver las controversias que se presenten, lesionando además de las disposiciones de los tratados internacionales que lo aseguran y que fueran citadas anteriormente.

Volviendo ahora al Mensaje de Elevación que acompañó el texto de la ley 27348, se puede observar que fue dictado con el propósito de *“resolver las inequidades del sistema”*, lo que me lleva a regresar a los comentarios preliminares de este voto, en el sentido que cuando se dicta una norma atinente a las relaciones entre trabajadores y empleadores o con las ART que se colocan en el lugar de estos últimos, deben estar destinadas a brindar respuestas equitativas en favor de los primeros, porque son, los trabajadores, víctimas de un riesgo del trabajo, ya que como hemos dicho, se tratan del sujeto de preferente tutela, por lo que una norma de carácter laboral como lo es la mencionada, debe tener como propósito la protección de los derechos de los trabajadores porque así lo manda el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Sin embargo, considero que lejos está la ley cuestionada de ser orientada en esa dirección, en tanto, por el contrario, implica una indebida restricción a la justicia, que, al no estar prevista en ese carácter por las leyes anteriores sobre la materia, importan además una clara situación de retroceso en materia de derechos sociales que afecta al principio protectorio consagrado en las disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales que también fueran citados con anterioridad.

Ha resuelto el Alto Tribunal que *“Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes*





sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)” (CSJN, Caso Vizzoti, ya citado),

Esa instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente, provoca como consecuencia, una situación de discriminación, prohibida por ordenamientos legales, supralegales, constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos, como lo son a modo de ejemplo la Constitución Nacional, art. 16; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; el PIDESC, arts. 2º y 3º, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esp. arts. 2, 3 y 5 a 16, y la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2º), lo que llevó al Máximo Tribunal a resolver en “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA” (Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 -2010), que *“los mentados principios han alcanzado la preeminente categoría de ius cogens, según lo ha esclarecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 97/101 y 110), lo cual acentúa, para el Estado, la “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato” de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de “proteger” los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (ídem, párr. 22)”*, en tanto impone a los trabajadores, que no pierden por esa situación su condición previa de ciudadanos, recaudos que no son impuestos a los demás sujetos que puedan estar alcanzados por una contingencia comprendida en la ley cuestionada. A modo de ejemplo, tomando una situación de las abarcadas en los riesgos de trabajo, supongamos que un trabajador que se desempeña como conductor de una unidad de colectivo, a raíz de una maniobra desafortunada propia del tránsito, embiste contra una marquesina de un bar y como consecuencia de ello sufren lesiones o daños el conductor del vehículo, la propia unidad del colectivo, la marquesina y el mobiliario del bar, un cliente del bar que estaba tomando un desayuno y el mozo que lo atendía. Resulta claro que, como consecuencia de esa situación, aparecen legitimados para reclamar o ser reclamados, la empresa de colectivos, su compañía de seguros, el establecimiento gastronómico, su compañía de seguros,





el casual comensal, su compañía de seguros, el conductor del colectivo, el mozo del bar y las respectivas ART. De manera que mientras las consecuencias de todas las situaciones jurídicas que se producen entre las diversas empresas y clientes se dirimen directamente ante la justicia, las acciones de los trabajadores deben ser encausadas previamente ante una instancia administrativa que se erige en un proceso que exige una serie de recaudos para iniciar el reclamo que superan a los previstos por la ley 18345, como se puede observar de la Resolución 298/2017 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Superintendencia de Riesgos del Trabajo y que, de ninguna manera se puede asimilar a una instancia previa de mediación y o conciliación que a diferencia de aquella procuran mediante un procedimiento breve y sencillo acercar a las partes a arribar a un acuerdo transaccional o conciliatorio, provocando asimismo que según la época temporal del siniestro y la ley aplicable, haya trabajadores que puedan recurrir directamente a la justicia, al tiempo que los regidos por esta ley no lo puedan hacer, lo que abrevia en otra situación de discriminación, lo que les hace perder a los trabajadores el status de ciudadanía que tienen antes que a todo, comprensivo del ejercicio irrestricto de la totalidad de los derechos que los ordenamientos les confieren.

Además, resulta de suma gravedad, a mi entender, que se la dicte *“frente a la proliferación de litigios individuales que ponen en riesgo la finalidad de la ley de riesgos”*, comprometiendo de esta manera las reglas que deben regir en un sistema republicano de gobierno, caracterizado por la división de poderes, en la medida que supone desconocer a los órganos del poder judicial el mandato constitucional contenido en diversas disposiciones de la Constitución Nacional, como la del art. 109 cuando prescribe que *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”* y, de manera más expresa, la del art. 116 cuando prescribe que *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”*.

He señalado al comienzo, que el derecho del trabajo fue llamado a poner límites a los poderes de la parte más fuerte de la relación y que la creación de la Justicia Nacional del Trabajo fue ideada para que los trabajadores puedan acceder en condiciones de igualdad y total libertad para la defensa de sus derechos, dado que no puede perderse de vista que entre los trabajadores y los empleadores se dan una serie de relaciones de poder basadas en la desigualdad, por lo que la implementación de una instancia administrativa rompe con las razones de creación de la justicia del trabajo que fue ideada como el órgano natural para asegurar la vigencia y exigibilidad de los derechos, introduciendo factores de compensación y una serie de presunciones legales en favor de la parte





más débil de la relación que no están presente en el procedimiento que se instaura alrededor de las instancias administrativas. A modo de ejemplo, destaco que este procedimiento a través del artículo 7 de la Resolución 298/2017 ya citada prescribe que “... *Las partes podrán designar peritos médicos de parte para participar en las audiencias. Los honorarios que éstos irroguen estarán a cargo de los proponentes. Estos profesionales tendrán derecho a ser oídos por la Comisión Médica, presentar los estudios y diagnósticos realizados a su costa, antecedentes e informes; una síntesis de sus dichos será volcada en las actas que se labren...*”. En este caso se advierte con claridad meridiana como se rompe la regla de la igualdad de que deben gozar las partes del proceso, en tanto las ART contarán con los equipos médicos de sus propias plantillas, lo que no puede ocurrir con los trabajadores en atención a lo establecido por la ley 18.345 (arts. 41 y 155), alterando arbitrariamente las reglas del debido proceso. Es más, la Resolución no sólo autoriza la designación de los peritos médicos de parte, sino que les confiere a estos la posibilidad de asistir a las audiencias, ser oídos, presentar los estudios y diagnósticos, antecedentes e informes, generando un desequilibrio a la parte más débil de la relación que debe ser protegida, vaciando de contenidos la introducción de los factores de compensación que la ley de contrato de trabajo incluye para la defensa de los trabajadores (artículo 17 bis). Además, cuando la mentada Resolución dispone que los cargos que éstos irroguen “*estarán a cargo de los proponentes*”, está suponiendo que son los propios trabajadores los que deberían hacerse cargo de su contratación y costo, rompiendo con el principio de gratuidad que les está asegurado por la ley de contrato de trabajo (artículo 20), como del beneficio de litigar sin gastos consagrado por la ley orgánica procesal 18345 (artículo 41). Algo similar puede decirse en cuanto los recaudos que debe contener los inicios de los distintos trámites previstos ante las Comisiones Médicas o ante el Servicio de Homologación, los que aparecen regulados por la Resolución 298/2017 ya citada, cuando exigen la presencia de diagnósticos, constancias sobre la patología denunciada, la exposición de agentes de riesgo presentes en el trabajo, estudios complementarios (cfe. artículo 1), que exceden los recaudos que la demanda judicial impone en el proceso regido por la ley 18345, especialmente cuando solamente prescribe que los hechos deberán ser relatados de manera clara (cfe. art. 65 inc. 4), modificando así la norma, en lo que debe ser entendido como un exceso de la reglamentación (artículo 28 de la Constitución Nacional), configurando una violación directa del segundo párrafo del artículo 99 de la misma Constitución, cuando expresamente veda al PEN, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, como ya lo dijimos, emitir disposiciones de carácter legislativo (Cfe. Horacio Schick, Leyes 27348 y 26773. Régimen de Infortunios Laborales, David Grinberg Libros Jurídicos, Cuarta Edición, 2017, pág. 125).





Además, la ley cuestionada prescribe que las Comisiones Médicas jurisdiccionales (artículo 1 de la ley 27348 y 2 del DNU 54/2017) tendrán a su cargo *“la determinación de la incapacidad del trabajador siniestrado”*, pero además *“la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la ley de riesgos del trabajo”*, materias que se encuentran reservadas a los jueces (cfe. CNAT, Sala I, votos del Dr. Miguel Maza con la adhesión de la Dra. Gloria Pasten, en autos *“Cannao, Néstor Fabián c/Congeladores Patagónicos S.A. y otros/Accidente”*, SD 92058).

Debo destacar que estos cuerpos normativos cuando se refieren a la integración de las Comisiones Médicas remiten expresamente al artículo 51 de la Ley 24.241 del Sistema Integrado de Pensiones y Jubilaciones, el que dispone que *“Las Comisiones Médicas y la Comisión Médica Central estarán integradas por tres (3) médicos que serán designados por concurso público de oposición y antecedentes por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Contarán con la colaboración de personal profesional, técnico y administrativo necesario”*, luego aumentadas a 5 por imperio de la ley 24557 (art. 50), por lo que por expresa disposición de la ley, queda claro entonces, que las comisiones médicas y la comisión médica central están integradas cada una y únicamente por médicos, quienes podrán contar con colaboradores que dependen de aquéllos. En función de ello, no se pueden atender los fundamentos de la Resolución 899-E/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (B.O. 10 de noviembre de 2017), que estimo pensada para superar las críticas que recibieron la actuación de las comisiones médicas, cuando regula que *“La Comisión Médica Jurisdiccional se halla integrada, asimismo, por el respectivo Servicio de Homologación y por el personal letrado, administrativo y técnico que lo asiste”*, por su manifiesta inconstitucionalidad, en tanto un órgano como el de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo no puede ahora modificar la composición dispuesta por ley de las comisiones médicas, por carecer de facultades legislativas y por violentar lo normado por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

Hemos dicho que la validez de los órganos administrativos requiere de la debida idoneidad de quienes lo componen. No genera duda que las comisiones médicas integradas por médicos cuentan con la suficiente idoneidad *“para determinar la incapacidad del trabajador siniestrado”*. Pero otra cosa distinta es asumir *“la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la ley de riesgos del trabajo”*, por tratarse de materias que deben quedar reservadas a los jueces por imperio de lo normado por el varias veces citado artículo 116 de la Constitución Nacional. Ha señalado la doctrina que *“La ausencia de idoneidad*





*rompe con las reglas del debido proceso, pensado como garantía de defensa para que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos”* (cfe. Oscar Zas, “El procedimiento ante las Comisiones Médicas del sistema de riesgos del trabajo”, [cuc.jussantiago.gov.ar/.../1465309746](http://cuc.jussantiago.gov.ar/.../1465309746)). La garantía del debido proceso legal tiene especial importancia en una sociedad democrática porque, junto con el derecho a un recurso (cfe. artículo 25 de la Convención Americana), tutela todos los demás derechos de las personas, constituyéndose así en un requisito sine qua non para la existencia de un verdadero Estado de Derecho (CorteIDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 30). La determinación de las consecuencias jurídicas excede el marco de competencia de los médicos, vulnerando el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), cuando prescribe que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. Al tiempo que carecen los médicos, de todas las fórmulas de juramento de los magistrados judiciales nacionales de *“administrar justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución Nacional”* (art. 17 del Reglamento para la Justicia Nacional), lo que *“constituye el presupuesto necesario para administrar justicia con imparcialidad, por lo que la adecuada administración de justicia está inexorablemente vinculada al respeto de la legalidad, y de modo especial de la legalidad de jerarquía constitucional”* (cfe. Oscar Zas, recientemente citado).

Precisamente la independencia e imparcialidad en el trámite dirigido por los médicos de las comisiones médicas se encuentran afectadas por carecer de la estabilidad que les da el cargo, que es un presupuesto del que sí gozan los jueces, *“pero que no debe ser pensado como un privilegio de éstos, sino como una garantía para los justiciables”* (CorteIDH, Caso Quintana Coello y otros vs Ecuador, del 23 de agosto de 2013), al tiempo que la independencia e imparcialidad de los médicos de las Comisiones Médicas se ven también afectadas en tanto para su sostenimiento dependen en última instancia de una de las partes del proceso, como lo son las ART, conforme lo dispone el artículo 51 de la ley 24241, modificado por los artículos 37 y 50 de la ley 24557 (cfe. Machado, José Daniel, “Sobre las Comisiones Médicas y (in) debido proceso”, Rubinzal-Culzoni, On Line; ídem, Maza Miguel, Cruz Devoto, Gabriela S. y Segura, Juan M, en “Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo”, Errepar, 2013, ps. 309/310), todo lo cual configura una flagrante violación al derecho de toda persona a ser juzgado por el juez natural de la causa, independiente e imparcial, como lo impone el artículo 18 de la Constitución Nacional.





Por último, señalaré que la actuación ante las Comisiones Médicas tampoco cumple con el recaudo de contar con un recurso judicial de revisión plena como lo impone la jurisprudencia que he citado. En efecto, la ley 27348 prescribe (artículo 2), que ante lo resuelto por las comisiones médicas el trabajador tendrá la opción de interponer un recurso ante la justicia ordinaria del fuero laboral y si se trata de la Comisión Médico Central ante los tribunales de Alzada con competencia laboral. Como se ve, en ambos casos la ley habla de “recursos” y no de “acción”, con lo que se rompe con la garantía de la doble instancia que debe regir en materia de procesos judiciales, asegurada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos" ("Pacto de San José de Costa Rica") que consagra el "derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior" ( art. 8 nro. 2, h) y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (art. 14 nro. 5), no pudiendo considerarse como primer fallo lo resuelto en sede administrativa por carecer, como vimos, de facultades para resolver controversias que solo pueden estar reservadas a los jueces por imperio del varias veces citado artículo 116 de la Constitución Nacional.

En el caso particular de autos, se puede observar que la pretensora no solo cuestiona la validez del funcionamiento de las Comisiones Médicas, sino otros presupuestos contemplados en la ley que considera inconstitucionales o inconventionales y que no podrán ser resueltos por los médicos de las comisiones médicas, ni siquiera eventualmente por el Secretario de Homologación, por carecer también de facultades jurisdiccionales reservadas a los jueces como ya vimos (cfe. Raúl Ojeda, “Comentarios al pasar relativos a la ley 27348, RDL, 2017, Número Extraordinario, p. 189) y que, a la postre, no harán más que dilatar los procesos, administrativos y judiciales, o retardarán la solución final, resistiendo fácticamente los fines de “evitar la litigiosidad y la duración de los procesos” previstos en los mensajes de elevación que acompañaron tanto el dictado del DNU 54/2017 como la de la ley 27348.

Confirma que se tratan de recursos y no de acciones, cuando la ley 27348 inmediatamente prescribe (en el mismo artículo 2), que los recursos interpuestos procederán, como regla general, “en relación y con efecto suspensivo”. La claridad de la norma no deja margen para una reglamentación en sentido contrario que la pretenda modificar sin caer en un exceso de reglamentación, valga la reiteración. Ahora bien, mientras que el efecto “suspensivo” impide la ejecución del acto impugnado, no permitiendo cumplir la parte que le ha sido concedida y no cuestionada, lo que altera el principio de irrenunciabilidad que rige la materia, la concesión en “relación” implica que la fundamentación se efectúa en la instancia de origen, y a su vez, no existe la posibilidad de invocar hechos nuevos, ni producir pruebas (cfe. Couture, Eduardo J., “Los fundamentos del derecho procesal civil”), lo que además se impone hacer





mediante el empleo de meros formularios que no contemplan ni la producción de pruebas, ni permiten realizar la crítica concreta y razonada de las partes de la resolución que se cuestiona como en cambio lo impone el art. 116 de la L.O., transgrediendo la exigencia de control judicial suficiente y amplio al que ya se hizo referencia, “*por lo que se convierten en uno de los elementos que configuran la inconstitucionalidad del sistema*” (cfe. Formaro, Juan J., “Reformas al régimen de riesgos del trabajo”, Hamurabi – José Luis Depalma, Año 2017, pág. 114), alejándose de las pretendidas intenciones de resolver “*las inequidades del sistema*” y menos, las de “*tutelar los derechos de los trabajadores*”, por lo que no cabe otra instancia que declarar judicialmente y en cada caso su inconstitucionalidad, la de los artículos 1 y 2 de la ley 27348 y, eventualmente, la de los artículos 2 y 3 del DNU 54/2017, por los jueces, en mérito de la totalidad de las consideraciones vertidas en este voto, en tanto lesionan, por lo menos, los derechos, garantías y principios de acceso irrestricto a la justicia, progresividad, no discriminación, imperio normativo de ius cogens, juez natural del proceso, lo normado por los artículos 99 y 116 de la Constitución Nacional, debido proceso, gratuidad, independencia e imparcialidad, idoneidad, igualdad, de defensa, revisión plena, doble instancia, irrenunciabilidad, tutela del trabajador, razonabilidad, orden de prelación, justificación adecuada, control judicial suficiente, exceso de reglamentación, entre otros, lo que así declaro y voto.

Por todo ello, de prosperar mi voto y luego de ser oído el Señor Procurador General del Trabajo, propicio admitir los planteos de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y concordantes en sus partes pertinentes de la ley 27.348, como eventualmente los de los artículos 2 y 3 del DNI 54/2017, y habilitar la instancia de esta Justicia Nacional del Trabajo para conocer en las presentes actuaciones.

III.- Las costas generadas por el presente ante esta Alzada serán impuestas por su orden, en razón de la naturaleza de las cuestiones planteadas que merecieron la declaración de inconstitucionalidad parcial del régimen normativo cuestionado (cfe. art. 68, inc. 2 y 71 del CPCCN), mientras que los honorarios serán diferidos para el momento en que se resuelva la causa principal definitiva.

Todo lo cual así lo voto y lo resuelvo.

**El Dr. Alvaro E. Balestrini**

I.- Adhiero a la solución expuesta por mi distinguido colega preopinante Dr. Pompa por los fundamentos que seguidamente expondré.





II.- Reseñado de tal modo el marco de actuación de este Tribunal, adelanto mi posición favorable al recurso bajo estudio.

Ante todo, he de aclarar que no soslayo que desde una concepción doctrinaria moderna se postula que el principio de separación de funciones del poder estatal no debe ser entendido de manera rígida, por cuanto admitir en nuestros días que cada uno de los órganos estatales sólo puede realizar -de modo estricto- su tarea específica (esto es, el órgano legislativo, sancionar leyes; el judicial, resolver litigios y el ejecutivo, ejecutar) importa una condena al Estado en su conjunto a la inacción más absoluta: en efecto, tanto el órgano legislativo como el judicial realizan funciones materialmente administrativas aunque no se trate de su función primordial (arg. cfr. BARRAZA, Javier Indalecio, EL DERECHO N° 14.217 del 6/07/2017, pág. 273).

En igual sentido, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha evolucionado paulatinamente hasta admitir la existencia de tribunales administrativos independientes e imparciales, supeditando su validez a un control judicial suficiente (arg. cfr. CSJN in re “Perelli de Mercatalli”, “López de Reyes”, “Fernández Arias” y, finalmente, “Ángel Estrada y Cía S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos”) y a que sus decisiones no importen -como ha señalado el Dr. Álvarez- “...una elíptica transgresión de lo dispuesto por los arts. 109 y 116 de la Constitución Nacional...” (arg. Dictamen FGT N° 72.879, in re “Burghi, Florencia Victoria c/Swiss Medical ART S.A. Acc. Ley Especial”, Expte. 37907/2017 en trámite ante la Sala II de esta CNAT).

Ahora bien, en este último aspecto entiendo relevante destacar que la Corte Federal ha asimismo establecido 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...” y que “...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...” – precisamente- “... 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...” (arg. cfr. CSJN in re “Ángel Estrada y Cía. S.A. s/ Resolución N° 71/96 Sec. Ener. y Puertos”, causa A.126.XXXVI, sentencia del 5/4/2005).

Desde esta perspectiva, no resulta razonable sustraer las acciones incoadas por trabajadores afectados en su integridad psicofísica como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales de la competencia de sus jueces naturales, pues la índole de los derechos involucrados (garantizados especialmente por los Tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad impuesto por la enmienda del art. 75, inc. 22 de la Constitución





Nacional) impone una justificación sustancial y concreta que respalde el tránsito previo y obligatorio de las comisiones médicas establecidas por el art. 1º de la ley 27.348, extremo que –en mi opinión– no surge de la finalidad de la ley expresada en el Mensaje de Elevación Nº 130/16 del Poder Ejecutivo (vgr. revertir “...la proliferación de litigios individuales que ponen en riesgo la finalidad de la ley 24.557 y sus modificatorias para asegurar reparaciones suficientes...”).

No se me escapa que el Alto Tribunal estableció en la causa “*Obregón, Francisco Víctor c. Liberty A.R.T.*” (Recurso de hecho O. 223. XLIV del 17/04/12) que el precedente “*Castillo*” y aquellos dictados en su consecuencia no implican un pronunciamiento acerca de la validez intrínseca del mentado trámite ante las Comisiones Médicas, pero tampoco puedo eludir que nos encontramos ante acciones entabladas por trabajadores (personas humanas que merecen preferente tutela constitucional, cfr. CSJN in re “*Aquino c/Cargo*” y “*Vizzotti c/AMSA*”, entre otros) que persiguen la reparación de daños ocasionados en su salud por el hecho o en ocasión de sus tareas, frente a lo cual el *pragmático* motivo invocado por el legislador no luce lo suficientemente justificado como para delegar funciones jurisdiccionales en un ente administrativo.

Sin perjuicio de ello y aun soslayando tan central cuestión, considero que el trámite establecido por el art. 1º y cctes. de la ley 27.348 tampoco satisface los restantes requisitos exigidos por el Alto Tribunal en el citado precedente “*Ángel Estrada y Cía.*”, por cuanto la aptitud jurisdiccional de los referidos tribunales (cfr. art. 21 ley 27.348) no se ciñe a la determinación de cuestiones técnicas y/o científicas (vgr. grado y carácter de la incapacidad) sino que involucra asimismo la elucidación de la naturaleza laboral del accidente y/o profesional de la enfermedad (esto es, la existencia o inexistencia de relación causal), así como los alcances de las prestaciones en especie y dinerarias (punto estrechamente vinculado al valor del ingreso base mensual), aspectos casuísticos y variables de neto corte jurídico cuyo análisis excede largamente de la competencia de los profesionales que integran las citadas comisiones (aun cuando ostenten una renovada composición *interdisciplinaria*), pues su conocimiento y decisión corresponde exclusiva y obligatoriamente a los magistrados (cfr. arts. 108, 109 y 116 CN).

Tampoco advierto que las decisiones de las comisiones se encuentren sometidas a un control judicial suficiente en los términos exigidos por el Alto Tribunal, por cuanto si bien los arts. 2º y 14 de la ley 27.348 conceden al trabajador un recurso ante la justicia, su trámite procede en relación y con efecto suspensivo, por lo cual el tribunal interviniente lo hará en carácter dealzada, encontrando limitada su competencia a los agravios expresados por las partes sobre las posiciones fijadas en la instancia administrativa –con las restricciones y riesgos que ello conlleva–, sin que se verifique la posibilidad de efectuar una





interpretación pretoriana contraria que garantice una revisión plena y/o un proceso de cognición intenso, por cuanto la ley –quizá únicamente en este punto– es categórica, todo lo cual afecta a mi ver de modo irremediable el principio constitucional del debido proceso, sin que resulte suficiente a fin salvaguardarlo la existencia de un patrocinio letrado obligatorio (v. en igual sentido SHICK, Horacio – “Informe Laboral N° 59” - Revista *La Defensa* – Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Año 1, N° 12, octubre 2017, entre otros).

En síntesis, por las razones anteriormente desarrolladas (y sin perjuicio de aquellas que podrían agregarse en relación con lo normado por el art. art. 13 de la ley 27.348 en cuanto a la imparcialidad de la comisión), entiendo corresponde decretar la inconstitucionalidad del trámite previo establecido, con carácter obligatorio, por el art. 1º y concordantes de la ley 27.348, pues se trata de normas procesales que no garantizan al trabajador un adecuado acceso a la justicia, por lo que vulneran no sólo el principio protectorio establecido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional sino, asimismo, el de igualdad ante la ley garantizado por su art. 16, en tanto propician una discriminación peyorativa para el trabajador respecto de los restantes ciudadanos afectados en su integridad psicofísica como consecuencia de un evento ajeno al factor laboral e, incluso, respecto de otros trabajadores que pese a haber sufrido un daño como consecuencia de sus tareas se encuentran vinculados por relaciones no registradas.

III. En lo que concierne a la cuestión de las costas originadas ante esta Sede sugiero imponerlas por su orden por los fundamentos dados por mi colega preopinante y en lo que refiere a los honorarios han de ser diferidos hasta tanto estén fijados los correspondientes a la causa principal definitiva.

**El Dr. Mario S. Fera** no vota (art. 125 L.O.).

Por lo expuesto, el **Tribunal RESUELVE**: 1) Dejar sin efecto la resolución de fs. 45, admitir los planteos de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y concordantes en sus partes pertinentes de la ley 27.348, como eventualmente los de los artículos 2 y 3 del DNI 54/2017 y habilitar la instancia de esta Justicia Nacional del Trabajo para conocer en las presentes actuaciones; 2) Imponer las costas generadas por el presente ante esta Alzada por su orden; 3) Diferir los honorarios originadas ante esta Sede para el momento en que se resuelva la causa principal definitiva; 4) Hágase saber a las partes y peritos que rige lo dispuesto por la Ley 26.685 y Ac. C.S.J.N. N° 38/13, Nro. 11/14 y Nro. 3/15 a los fines de notificaciones, traslados y presentaciones que se efectúen.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA IX

Álvaro E. Balestrini  
Juez de Cámara

Roberto C. Pompa  
Juez de Cámara

---

*Fecha de firma: 21/06/2018*

*Firmado por: ALVARO EDMUNDO BALESTRINI, JUEZ DE CAMARA - SALA IX*

*Firmado por: ROBERTO CARLOS POMPA, JUEZ DE CAMARA - SALA IX*



#29737832#209559678#20180621095831390