

**SENTENCIA INTERLOCUTORIA – CAUSA Nº 18007/2018/CA1
FONTICELLI MATIAS LEONARDO C/ PREVENCIÓN ART SA S/
ACCIDENTE LEY ESPECIAL” – JUZGADO 65**

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a 17/05/2019 reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación:

El Dr. Miguel O. Perez dijo:

La resolución de grado de fs.35/37 que, en esencia, versa sobre la ley 27.348, la apela la actora y se agravia en los términos del memorial de fs.38/41.

Cabe comenzar por resaltar que la demanda se interpone 15/5/2018 (ver fs. 3/32) estando vigente la citada ley 27.348; la cual permite escindir, por un lado, lo vinculado al trámite y por otro, lo relativo a la regulación de fondo que la misma contiene.

Acerca de la regulación de fondo de la ley 27.348 en torno de accidentes y enfermedades del trabajo, no es materia a abordar en este estado sino que sería, eventualmente, objeto de consideración en oportunidad de declarar, por la vía procesal que corresponda, el derecho sustancial en cuyo marco se deba decidir acerca de la pretensión.

En sentido distinto las disposiciones de índole procesal en lo que hace –como cuestión nodal del recurso– al trámite de la pretensión, es un aspecto que cabe abordar en este estado.

Ello así y acerca de la ley 27.348, comienzo por destacar que comparto el criterio según el cual suele ser usual que las leyes no establezcan la fecha de entrada de vigencia y en tal supuesto la cuestión debe resolverse con arreglo a lo dispuesto en el art 5 del C.C.C.N. declarando su obligatoriedad después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

Así también he compartido que ante el carácter de orden público de las normas sobre procedimiento y competencia (C.S.J.N. 1991/04/16, ED 143-121, con nota de Bidart Campos, G.), deben aplicarse en forma inmediata y a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley que las contiene, más allá de cual fuere el cuerpo normativo con el que habrá de juzgarse las contingencias que sustentan el reclamo, aspecto que atañe al fondo de la cuestión y sobre el cual no corresponde incursionar en este estado de la causa.

Ello significa, a mi ver, que la nueva regulación procesal de ley 27.348 se aplica a los procesos que se inicien con posterioridad a la fecha de entrada en vigor, con prescindencia de la época en que se hubiera constituido la relación jurídica invocada como fundamento de la pretensión (ver Fallos C.S.J.N. t. 256, p. 440). Esta postura es concordante con la sostenida por el Máximo Tribunal de la Nación en el sentido de que no existe derecho adquirido a ser juzgado con arreglo a un determinado procedimiento o por determinados órganos del poder judicial (Fallos 181:288; 249:343, entre otros; citados en Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, T. I, Nociones Generales, 2da. Edición, Abeledo Perrot”).



En ese marco y considerando la fecha de interposición de la demanda, el régimen procesal de la ley 27.348 alcanza al caso de autos.

Sentado ello, cabe recordar que el art. 1º de la ley 27.348 establece, en lo pertinente, que “la actuación de 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 afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo. Será competente la comisión médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador, al lugar de efectiva prestación de servicios por el trabajador o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador y su resolución agotará la instancia administrativa”.

Así adhiero el criterio según el cual la ley 27.348, en sus aspectos procesales, es una norma destinada a regular el procedimiento relativo a las prestaciones previstas en la ley 24.557 en los ámbitos jurisdiccionales donde el Congreso de la Nación puede legítimamente establecer las normas de procedimiento, lo cual supone una nueva regla de competencia territorial relativa a los reclamos por prestaciones previstas en la ley 24.557, que desplaza, para estos casos, la previsión contenida en el art. 24 de la L.O..

Así comparto que esta norma no está condicionada a la decisión que pudiera adoptarse respecto de la legitimidad del trámite administrativo ante las comisiones médicas, sino que es su presupuesto, dado que la lógica con la cual la Ley 27348 ha intentado preservar su legitimidad constitucional, supone su autolimitación a la jurisdicción nacional, que queda circunscripta a aquellos casos en los cuales el domicilio del trabajador, el lugar de efectiva prestación de servicios por el trabajador o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, se encuentren en la Ciudad de Buenos Aires, descartando la posibilidad de que una acción por esta materia, deba o no transitarse la instancia obligatoria, pueda quedar radicada ante la Justicia Nacional del Trabajo en función del domicilio de la demandada, y sin que esto implique la posibilidad de que otra jurisdicción provincial deba atenerse a regla similar si no adhiere a ella, pues cada una de estas jurisdicciones tiene la potestad exclusiva de legislar las normas de procedimiento sobre las cosas y las personas que caen bajo su respectivo territorio.

De este modo, lo concreto es que la Ley 27348 establece una regla relativa a la competencia que determina cuales son las causas que, eventualmente, podrán radicarse ante los organismos administrativos y jurisdiccionales de la Ciudad, desplazando la operatividad del art. 24 de la L.O. para los accidentes y enfermedades de trabajo reguladas por la ley 24.557 y 26.773 (en similar sentido ver esta Sala en “Baleiron María Rosa C/ Provincia ART SA s/Accidente - Ley Especial” Causa nº 34082/2017 Sent. Int. de fecha 28/3/2018 del voto del doctor Perugini).

En similar senda de análisis tampoco obsta a la aplicación del trámite de la ley 27348 la circunstancia de que se hubiese acreditado el paso por el SECCLO.

Es que si bien como juez de primera instancia he asignado virtualidad a la actuación ante el SECCLO previa a la vigencia de la ley 27348 para no tornar operativo el régimen procesal que establece esta ley, he efectuado un replanteo de la cuestión sobre la base de los fundamentos del doctor Perugini en tanto dichas actuaciones poseen una finalidad distinta de la



prevista en la mencionada ley 27348 en tanto ésta se orienta no sólo a una eventual conciliación sino a la determinación de la existencia y -en su caso- reparación de la minusvalía que se invoque y con un sistema propio de revisión de lo que se pudiere resolver.

En orden a la actuación y revisión de lo decidido en la instancia administrativa, el art. 2º de la ley 27.348, prevé que “el trabajador tendrá opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino”.

Sentado ello en aquellos supuestos en que se acredite el tránsito por el sistema de las Comisiones Médicas reglado por la Ley 27348, la vía para el cuestionamiento de lo allí actuado es el recurso que en la misma se prevé y no la acción por vía de demanda judicial.

En ese marco y acerca de las cuestiones constitucionales que se vinculan al caso, cuadra recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto que por su relevancia institucional debe ser considerado como “ultima ratio” del orden jurídico (Fallos 260:153, 266:364, entre otros) pues constituye una de las más delicadas funciones de un Tribunal de Justicia (Fallos 260:153).

Asimismo el Alto Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el control de constitucionalidad de las leyes que compete a los jueces no se limita a la función de descalificar una norma por lesionar principios de la ley fundamental, sino que se extiende a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permitan (voto del Dr. Fayt en los autos "Cía. Arenera del Río Luján S.A. c/De Castro s/Indemnización", CSJN-C 19, XXII).

De ello se desprende que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal, le cabe la señalada calificación de ser una de las más delicadas funciones de un tribunal de justicia, y solo practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere. La gravedad de tales declaraciones judiciales de inconstitucionalidad lleva a sostener que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiere.

Siguiendo en la senda de examen en lo que concierne a las facultades jurisdiccionales de órganos insertos en el sistema de las comisiones médicas, comparto el criterio que lleva a rememorar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual es admisible que determinados órganos administrativos ejerzan funciones jurisdiccionales en tanto sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente (Angel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos y otro”, 5/06/2005).

En tal sentido rememoro que el doctor Eduardo Alvarez sostuvo, con fundamentos que comparto, que lo trascendente, para la validez de todo sistema consiste “...en la consagración de una revisión judicial eficaz. La norma que nos reúne establece un régimen algo parco y barroco que, a opción del trabajador permite insistir ante la Comisión Médica Central y luego recurrir al Tribunal de Alzada, o cuestionar lo decidido por la Comisión Médica Local ante el Juez del Trabajo. Se ha elegido la terminología “recurso” y nada indica que éste no deba ser pleno, con la posibilidad de un proceso de cognición intenso y la producción de prueba, tal como se interpretó que debían ser las vías de revisión similares, como la del evocado art. 14 de la Ley 14236...”.



Así no me parece ocioso destacar que el régimen recursivo dispuesto prevé un acceso suficiente al control por órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Nación, o sea (en caso de configurarse los supuestos atributivos de competencia) esta Justicia Nacional del Trabajo; o de la jurisdicción judicial que pudiera corresponder.

A la vez cobra relevancia destacar que el doctor Eduardo Alvarez también sostuvo que "...no es trasladable al tema que nos reúne la tesis sentada por el Alto Tribunal en las Sentencias dictadas el 7 de septiembre de 2004, en "Castillo Angel c/ Cerámica Alberdi", el 13 de marzo del 2007 en "Venialgo Inocencio c/ Mapfre Aconcagua" y el 17 de marzo del 2012 en "Obregón Francisco c/ Liberty", porque en dichos pronunciamientos se invalidó el sistema desde la perspectiva de la centralización federal de los reclamos en defensa de la jurisdicción local y no se analizó la legitimación de una instancia previa..." (ver Dictamen N° 72.879, del 12/07/2017, en autos "Burghi, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A. s/ accidente – ley especial", Expte. N° 37.907/17, del registro de la Sala II CNAT; a los que remito a mayor brevedad).

En suma: no considero pasible de objeción constitucional a la nueva normativa procesal aludida, en lo que al caso interesa; máxime, si se agrega que comparto el criterio según el cual no es atribución de los jueces la valoración de aspectos vinculados a la oportunidad, mérito, conveniencia o de apreciaciones axiológicas subjetivas para descalificar –en el análisis objetivo y constitucional- a la normativa que nos ocupa (sobre este singular punto nuevamente remito a las consideraciones que a este segmento se dedican en el citado caso "Burghi..." tanto por el doctor Eduardo Alvarez como por la Sala II de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo).

Llegado a este punto y aunque pueda resultar ocioso en razón de los considerandos que anteceden, queda claro que no cabe ingresar en el análisis de las normas que se vinculan al fondo de la pretensión en tanto las mismas, de corresponder, sólo podrían ser materia de los recursos previstos para la revisión de lo que se pudiera decidir en el marco de la ley 27.348.

La fundamentación vertida brinda, a mi ver, adecuado sustento en tanto se aborda lo nodal que cabe en este estado y que conduce a este pronunciamiento, razón por la que no corresponde más análisis incluso de otros elementos por inconducentes para la resolución anticipada. En tal sentido rememoro que la C.S.J.N. ha sostenido que "los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio" (C.S.J.N. en autos "Tolosa, Juan C. c/ Cía. Argentina de Televisión S.A.", del 30/04/74, La Ley, T.155, pág. 750, número 385).

Es así que, de tener adhesión mi voto, correspondería: confirmar la resolución apelada, sin costas ante la falta de contradictorio (art. 68 del CPCCN).

La Dra. Diana R. Cañal dijo:

I- Respecto al debate planteado en torno a la constitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio y excluyente ante las Comisiones Médicas, debo disentir con el voto preopinante.



II- Preliminarmente señalo, que los conflictos interpretativos sobre la Ley 27348, tienen diversos niveles superpuestos o bien implícitos, que el juez debe deslindar necesariamente.

En efecto, en este momento, además del previo y obligado control de constitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio dispuesto en el artículo 1 de la Ley 27348, se plantea el análisis de la intertemporalidad de las leyes.

Asimismo, observo que es recurrente como punto de argumentación, dar tratamiento a la competencia territorial, aún cuando pudiese interpretarse como fuera de la congruencia establecida a partir de las presentaciones iniciales.

Es evidente, que para los juzgadores que sostienen la constitucionalidad de la modificación en materia de competencia y jurisdicción, el punto de partida es otro.

Así, anticipan que además de tener que agotar obligatoriamente la vía administrativa ante las comisiones médicas correspondientes “al domicilio del trabajador, al lugar de efectiva prestación de servicios por el trabajador o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador” (2º párrafo del artículo 1 de la Ley 27348), el domicilio de la comisión actuante definirá la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la tramitación del recurso (2º párrafo del artículo 2 de la Ley 27348). En muchas causas, directamente analizan que en el caso será incompetente territorialmente la justicia nacional, al tener en cuenta que todas las opciones que tiene el trabajador se ubican en jurisdicción provincial.

Obsérvese que el Juez preopinante realiza este tipo de análisis, según consta en sus considerandos. Motivo por el cual, me encuentro en situación de expedirme también sobre el presunto desplazamiento del artículo 24 de la LO.

Metodológicamente, advierto que distingue entre normas procesales y sustanciales. Aclara que las disposiciones procesales son de aplicación inmediata, y aun cuando la contingencia fuese de fecha anterior, lo que hace primar es la oportunidad de la interposición de la demanda.

En el mismo sentido, que el fallo “Urquiza” de la CSJN al establecer como un principio general, que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, toda vez que estas son normas de orden público, y que por tal, no puede alegarse un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado sistema adjetivo.

No soslayo la interpretación de la Corte aunque estimo que la misma ha sido parcial. Digo esto porque, las decisiones legislativas sobre jurisdicción y competencia deben estar regidas por normas superiores de fondo y forma que las ciñen. Estas surgen de la propia Constitución Nacional, y diseñan el sistema íntegramente.

Por tanto, comparto que debe ser tomado como un “principio general”, siempre y cuando las modificaciones parlamentarias no incurran en un menoscabo a los principios constitucionales de progresividad, *pro homine*, y acceso a la justicia, entre otros, que delimitan las facultades legislativas y la interpretación judicial.

Con lo cual, la aplicación inmediata de la norma no permite implicar que por su carácter adjetivo sea inmediatamente operativa para sucesos anteriores a su dictado, sin un análisis de si la modificación normativa resulta más beneficiosa que la vigente al tiempo en el que aconteció el siniestro.



Claramente rige mi interpretación, la aplicación del principio de progresividad emergente del paradigma constitucional de los derechos humanos fundamentales (art. 75, inc. 22), recogido en el art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación, y receptado ya por el constitucionalismo social en el art. 9 y 11 de la LCT.

Ciertamente, encuentro curioso por lo paradójico, que esta interpretación de la intertemporalidad siempre resulte contraria al sujeto de preferente tutela, puesto que cuando se debate si corresponden los beneficios de la ley 26773 (también comprendida en el grupo de normas de forma) a los accidentes ocurridos con anterioridad a su vigencia, la respuesta suele ser negativa, y hoy que lo perjudica, la respuesta es positiva.

En efecto, debe necesariamente tomarse el esquema de la regla más beneficiosa para el actor en los conflictos de intertemporalidad de las normas, tal y como lo he señalado in extenso, in re “Fiorino, Augusto Marcelo C/QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial” Causa Nro. 1832/2013, del registro de esta Sala, el día 25/04/2017, cuyos argumentos doy por reproducidos en este pronunciamiento (Ver también, “*Aplicación inmediata de las normas con motivo del dictado del Código Civil y Comercial de la Nación o El fantasma de la interpretación objetiva*”; CAÑAL, Diana R.: Parte I: Doctrina Laboral y Previsional N° 383 (2017, Julio), pág. 615 – 635, Bs. As., Errepar; Parte II: Doctrina Laboral y Previsional N° 384 (2017, Agosto), pág. 729– 755, Bs. As.; Errepar)

Con lo cual, la bajada práctica de la norma sustantiva constitucional, generadora del debido proceso (art. 18 CN) y en total consonancia con el ordenamiento jurídico en el marco de la progresividad, **en la plena efectividad de los derechos humanos –art. 75 inc. 22 de la CN-**, considero que la aplicación inmediata de las normas, sin distinción de su nivel, es posible siempre que no afecte el principio de la norma más favorable.

En atención a la escisión entre normas adjetivas o de forma (siendo las procesales la “adjetivación” dentro del proceso, que materializa) y de fondo o sustantivas, estimo oportuno dejar a salvo el distingo de que por debajo del nivel constitucional, ya resulta técnicamente incorrecta la distinción de normas sustantivas y adjetivas, porque todas son del segundo tipo: adjetivas.¹

¹ En el precedente dictado en autos “SOSA, GLADYS ESTER C/FUNDACION CIENTÍFICA DE VICENTE LOPEZ Y OTRO S/ DESPIDO”, de fecha 31/08/16, del registro de esta Sala III, manifesté en relación al orden de prelación normativa, que: “(...) merece especial atención comprender cuál es el orden de prelación del sistema normativo, y para ello, es preliminar responder qué se entiende por norma de fondo y qué por norma de forma.

En efecto, curiosamente, nuestra formación académica ha tendido a rendir un fruto equivocado: el de considerar forma solo los decretos reglamentarios (art. 28 CN), y los códigos de procedimiento, como si no hubiera forma en la propia Constitución Nacional, y como si no fueran normas de forma los códigos que regulan las distintas áreas del derecho (Ver el debate Kemelmajer /Rivero, en el Diario LA LEY: “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme” *Kemelmajer de Carlucci, Aida*, LA LEY 22/04/2015- 1, AR/DOC/1330/2015; “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)”; *Rivera, Julio César*, LA LEY 04/05/2015, 04/05/2015- 1, AR/DOC/1424/2015; “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, *Kemelmajer de Carlucci, Aida*, LA LEY 02/06/2015- 1, AR/DOC/1801/2015. Asimismo ver *GELLI*, María Angélica; “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”; segunda edición ampliada y actualizada, Ed. LA LEY)

La solución está a mano, si reflexionamos que **el fondo es el qué**-a qué se tiene derecho-, y **la forma el cómo**-es decir, cómo se articula a fin de ser gozado, ese derecho que se tiene-.

Lógicamente, se deriva de lo dicho, que lo que se llama derecho de fondo o sustantivo, es reducido, está constituido por un contado número de artículos constitucionales, que constituyen los principios normativos del sistema, en la escala pertinente según el paradigma vigente.

Es muy importante tener en cuenta que la evolución de los paradigmas constitucionales, tiene lugar, más que nada, con **distintas formas de articulación de lo sustantivo a través de normas de forma**, provocando el cambio de los actores del sistema jurídico, y con esto ampliar la base de beneficiados con el sistema legal.



La distinción formulada supra sobre el carácter exclusivamente adjetivo de las normas infra constitucionales, es central para resolver como lo hago. Digo así, porque de ello se deriva el hecho de que el único eje para el juzgador es la Constitución Nacional misma, a la que se debe subordinar toda la labor legiferante y ordenadora, cualquiera sea el nivel del productor de las reglas. Y de su legitimidad, deberá dar garantía el juzgador con el análisis obligatorio de constitucionalidad.

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

Tampoco puedo soslayar la doctrina de la CSJN en el fallo “Jordan, Antonio Víctor y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ accidente - ley 9688” (Competencia n° 991. XXXIII. 30/06/1998 Fallos: 321:1865). Lo que introduce una visión macro sobre las modificaciones en materia de competencia y jurisdicción que, a diferencia de lo interpretado por la instancia previa, coincide con mi fundamentación.

Así, los demás artículos constitucionales son de carácter adjetivo o también llamados de forma (tipo de organización política, organización de los poderes del Estado, etc. etc.).

Con lo cual, encontramos un primer nivel de normas adjetivas: el constitucional, que lógicamente, primará por sobre los demás.

Luego, es la propia CN la que, a través de sus normas de forma, dispone tanto la reglamentación de una futura constituyente, cuanto del Poder Legislativo para el dictado de códigos y leyes en general (todas, normativa adjetiva de segundo nivel si se quiere), y el Poder Ejecutivo con los decretos.

Entre esos códigos, están los que tienen que ver con la organización cotidiana del habitante (Civil y Comercial, Penal, etc.), y los que se direccionan hacia el proceso judicial (códigos de procedimiento para la justicia).

Asimismo, como la normativa de fondo constitucional tiene niveles jerárquicos de acuerdo al paradigma constitucional dominante (de otro modo, si todos los derechos tuvieran la misma jerarquía, nunca sería posible destrabar las contiendas). Otro tanto sucede en cada uno de los demás niveles.

Así, el Código Civil y Comercial de la Nación (código de forma, lo reitero) establece principios interpretativos de tipo general, de manera de unificar coherentemente las distintas áreas del derecho. Conceptos tales como el de persona, intervalos de tiempo, interpretación del derecho conforme a la CN (curiosa necesidad de incorporarlo en sus artículos 1 y 2 del Título Preliminar para lograr la eficacia del paradigma vigente, cuando iba de suyo la jerarquía constitucional), y prelación en el derecho (artículos 963 y 1709 del CCyCN). Todas pautas adjetivas, de jerarquía superior y general.

Posteriormente, y por mandato del texto constitucional, en un segundo nivel se encuentran las áreas especiales.

En efecto, merced al cambio de paradigma constitucional, encontraremos aquí al Derecho Penal parte pública, al Derecho Laboral, al Derecho Tributario y Fiscal, y al Derecho del Consumidor.

Luego, en los niveles inferiores hallaremos el propio Derecho Civil parte especial con sus distintos institutos (no ya en función de derecho común), en distintos niveles jerárquicos a su vez -Derechos Reales, Régimen Sucesorio, Contratos, etc.-, y el Derecho Comercial, por ejemplo.

En cada uno de estos niveles, y en cada una de sus áreas, habrá a su vez otra organización jerárquica interna, brindada por los principios especiales, con sus propios principios generales, y específicos. Destaco en el punto la coincidencia de que laboral, penal y fiscal, se manejan con principios generales indisponibles, el de la realidad, y para los dos primeros funciona el in dubio para la parte más débil. Lo que evidencia la cosmovisión análoga.

De manera que estamos en un *degradée* jerárquico, a través de lo adjetivo, que es el que asegura que llegue a su concreción el derecho vigente, para lograr su eficacia, justamente lo que el Paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales reclama. El cual va desde la norma más importante y general del sistema, la C.N., pasa a través del C.C.yC.N., el que a su vez de manera general se encarga de establecer pautas interpretativas que respeten la CN, y que aseguren la coherencia del sistema (artículos 1 y 2 del Título Preliminar), derivando luego hacia las distintas áreas del sistema, que a su vez cuenta con pautas generales y especiales a su nivel, que nunca podrían contrariar, al tiempo de ser interpretadas, esa lógica que se procura resguardar sistemáticamente.

En esta jerarquización normativa debemos recordar la lógica de Vizzoti, cuando “*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*” (V. 967. XXXVIII. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/despido”; 14/09/2004).”



Dos puntos a tener en cuenta al respecto. Primero, que “Jordan” es un precedente del 30 de junio de 1998, momento en el que recientemente se había reformado la CN, que incorporó los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que aún, a pesar de ser normas jurídicas en el derecho interno, no era corriente encontrar esta fuente normativa en los fallos de la Corte. Segundo, este fallo resolvió un conflicto negativo de competencia entre el fuero civil y el fuero laboral, con motivo de la opción incorporada en la modificación del artículo 39 de la Ley 24557.

Reparo que tanto “Jordan” como “Urquiza”, son precedentes de la Corte que resolvieron un problema de Derecho Transitorio, que versa sobre el mismo tema, reformas legislativas en materia de competencia cuando se interpone un reclamo por daños y perjuicios, en el marco de la reparación civil.

En efecto, el 11 de diciembre de 2014, el Supremo Tribunal resuelve en “Urquiza”, un conflicto negativo de competencia que se instala sobre la modificación del artículo 4 último párrafo, y 17 inciso 2, de la Ley 26773.

Sin embargo, en ambos casos de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador Fiscal, los resultados fueron diversos. Mientras que en “JORDAN” la CSJN entiende que es competente para conocer la Justicia Nacional del Trabajo, en “URQUIZA” resuelve que es competente la Justicia Nacional en lo Civil.

Por lo tanto, esta mutabilidad en la interpretación, frente al mismo conflicto conceptual de competencia, llevó a profundizar el análisis de los argumentos en ambos supuestos.

Así, observo que en “JORDAN”, se afirma lo que el *a quo* destaca como regla general y aplica en autos– “los preceptos modificatorios de jurisdicción y de la competencia, se aplican, en forma inmediata a los juicios pendientes, aun en los casos de silencio de ellos, toda vez que la facultad de cambiar las normas procesales es una potestad que atañe a la soberanía, sin que exista derecho adquirido a ser juzgado por determinado procedimiento, puesto que tales previsiones atañen al orden público del Estado”- (<https://ar.vlex.com/vid/-39802160>).

En el mismo sentido, en “URQUIZA”, se establece que “las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en caso de silencio, se aplican de inmediato a las causas pendientes, sin que pueda argumentarse un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado sistema adjetivo, pues las normas sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, circunstancia que resulta compatible con la garantía del artículo 18 de la Carta Magna, siempre que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (Fallos: 329:5586; entre otros).” (http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/MSachetta/julio/Urquiza_Juan_Comp_72_L_L.pdf).

Sin embargo, en la causa “JORDAN”, es otro el alcance que el Ministerio Público Fiscal interpreta sobre este principio general.

Sintéticamente, en sus considerandos, el Sr. Procurador deja claro que la regla general es el artículo 20 de la LO, y el cambio de competencia debe ser entendido con carácter excepcional, y de “tenor restrictiva” su interpretación. Resalta en el análisis de la competencia, que el infortunio sea en el marco de una relación de trabajo.

En sus términos expresa: “No empece a dicha conclusión lo dispuesto por el art. 39, aps. 1 y 2, LRT; desde que aun cuando por imperativo



de la ley sustantiva pudiere considerarse al momento de dictar sentencia sobre el fondo del asunto, inaplicables al contrato de trabajo las disposiciones relativas al régimen de responsabilidad civil, tal circunstancia **nada obsta a que, despojado el conflicto de su innegable complejidad jurídica, nos encontremos frente a un infortunio suscitado en el marco de una relación de trabajo, que tiene por sujeto pasivo a un empleador; todo en consonancia con lo previsto por el art. 20, L.O. (...) la atribución específica de aptitud jurisdiccional a determinados juzgados para entender en ciertas materias, en el caso, contrato de trabajo, cabe entenderla indicativa de una especialización que el ordenamiento les reconoce, particularmente relevante a falta de disposiciones que impongan nítidamente una atribución distinta**” (lo puesto de resalto me pertenece).

Ergo, en “Jordan” si bien se manifiesta que históricamente la Corte ha reiterado que la modificación de jurisdicción y competencia es de aplicación inmediata, como regla general, ello no implica que su modificación no deba ser analizada estrictamente.

Destaco que en el mismo se reconoce que el ordenamiento jurídico prevé la jurisdicción y competencia según la especialidad, ni más ni menos que la garantía del juez natural. Por tanto, la reorganización de ambas conlleva que esta garantía permanezca inalterable.

Así, en este momento histórico –a 20 años del precedente “Jordan”, y 24 años de la reforma constitucional de los Derechos Humanos Fundamentales- no puede más que afianzarse la protección del acceso a la justicia y la mentada garantía.

Tal como lo hizo la Corte en memorables fallos de contenido progresivo en la eficacia de los derechos, en aplicación de los Tratados de Derechos Humanos.

Obsérvese que, la reforma en agosto del 2015, del Código Civil y Comercial de la Nación, vino a reforzar la vigencia de dichos tratados al recordar en su artículo 2 que los mismos son fuente de derechos. En una clara misión “visibilizadora” para los intérpretes del derecho.

Reitero entonces, que la modificación de la jurisdicción y la competencia para resolver conflictos de los trabajadores, debe ser en pos de mejorar el acceso a la justicia de los mismos, ante sus Jueces especializados, en consonancia con el principio de progresividad –no regresividad-

Lo que entiendo, fue omitido en el análisis del fallo “Urquiza”.

Otro tanto sucede con el mentado ORDEN PUBLICO. Por lo antedicho, no puedo soslayar el alcance que se le pretende dar cuando se trata de normas de competencia o jurisdicción.

En efecto, podemos pensar en la clasificación de orden público general, y en el orden público de la especialidad, pues los efectos en materia de interpretación no son los mismos.

En materia laboral, el principio general de orden público se conjuga con el resto de los principios que atañen a un sistema de protección preferente, respecto de los trabajadores. Es por tal, que el ORDEN PÚBLICO LABORAL configura un nivel especial de orden público, al cual no sólo los jueces están obligados a considerar en la aplicación de las normas, sino también el resto de los operadores del Estado, entre ellos, los legisladores.

En efecto, el principio de irrenunciabilidad es un límite tanto para los agentes públicos como privados (Teoría del Drittwirkung y la eficacia horizontal de los derechos humanos). Pues, los mismos no pueden soslayar el estado **más beneficioso** que se haya alcanzado en la protección de los derechos, pues



su finalidad “funcional” consiste en dar respuestas a la realidad con las reglas constitucionales vigentes, y en esta lógica, no ingresa la hipótesis de realizar modificaciones en perjuicio de los habitantes que la ley fundamental busca proteger por la reconocida hiposuficiencia frente al mercado (art. 11 del CCCN).

Máxime, cuando lo que se pretende es un cambio procesal que procure la eficacia de los derechos sustantivos, esto es, lograr que el derecho no quede en idea sino que consiga efectos materiales en el mismo sentido que se lo propone el contenido moral constitucional vigente. Hoy por hoy, la máxima protección de los Derechos Humanos Fundamentales.

Así, reitero, el legislador, so pretexto de aggiornar el derecho a los acontecimientos de la economía, no puede “omitir” las conquistas sobre un mayor alcance de la justicia social, ante una realidad de desigualdad económica sobre la que no se discute.

Por ende, las reformas que el órgano legislativo realice sobre competencia y jurisdicción, deben someterse al tamiz del ORDEN PÚBLICO LABORAL, pues si un empleador tiene prohibido cambiar las condiciones del contrato laboral en perjuicio del trabajador, tampoco lo puede hacer el legislador en perjuicio del contrato social vigente – digna conquista de la Revolución Francesa sobre el sometimiento del Estado al poder de la ley-.

En este marco, si con la Ley 27348 se buscaba un cambio en la competencia o la jurisdicción, no debió olvidarse que el punto de partida era la irrenunciabilidad de las conquistas procesales, entre las que cuentan las diversas inconstitucionalidades regularmente declaradas sobre la Ley 24557, por los Juzgados de Primera Instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con lo cual, la tercerización en manos privadas de la justicia en materia de riesgos, NO ERA UNA OPCIÓN POSIBLE.

Por lo tanto, la modificación perpetrada en el artículo 1 de la Ley 27348, conlleva el mentado control de constitucionalidad –y convencionalidad.

III.- Al respecto, me pronuncié en autos “FLORES, OSVALDO FEDERICO c/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. s/ACCIDENTE - LEY ESPECIAL”, Sentencia Interlocutoria de fecha 28 de noviembre de 2017, sostuve la inconstitucionalidad del procedimiento administrativo “obligatorio y excluyente” dispuesto en el artículo 1 de la Ley 27348, lo que mantengo en el presente con los mismos argumentos que aquí reproduzco.

No obstante, previo a la cita de aquellos considerandos, pretendo destacar algunos tramos de lo allí señalado.

Básicamente, si bien en numerosos pronunciamientos me he referido a la flexibilidad en la interpretación normativa en pos de la eficacia del derecho, ello nunca fue en detrimento de las garantías constitucionales, por el contrario, para reafirmarlas.

En este mismo sentido, como lo detallaré luego, en el fallo “Acevedo” manifesté que si bien el Poder Legislativo tiene la función de sancionar las normas, es el Poder Judicial el que se ocupa de controlar el contenido y la forma de las mismas, como garante del acatamiento de la Constitución Nacional.

Tal control, efectivamente se realiza en un marco de razonabilidad, con cierto “pragmatismo”, pero el ser prácticos no puede funcionar como pretexto para ignorar la estructura de nuestro sistema continental, como lo reseñan prestigiosos administrativistas. Esto es, poner en riesgo la tan añorada seguridad jurídica.



Es por tal motivo que la justicia en manos privadas, en procedimientos administrativos, no es propio de nuestro modelo judicialista, lo que explico en el fallo “Flores”. Si bien la Corte Suprema de Justicia admitió en su doctrina la posibilidad de que las facultades jurisdiccionales las ejercieran órganos administrativos, afirmó que ello era de carácter excepcional y bajo requisitos que lejos están de cumplirse en la nueva ley.

Vale destacar, que la propia Corte de los EEUU, en un modelo que permite el sistema de “Agencias” con facultades jurisdiccionales, sostuvo que ello tenía importantes limitaciones, en particular, la especialidad de la materia (lo que también analizaré *in extenso* más adelante).

Es por tal motivo que no introduzco argumentos que hacen al tránsito durante el proceso administrativo de este “diseño atípico de acceso a la jurisdicción” (ver en fallo “Jordan”), toda vez que la pretensión de que el mismo tenga “carácter obligatorio y excluyente”, opera como un vallado constitucional. Esta condición se opone a los postulados de los artículos 109 y 18, así como los de los artículos 116 y 76 de la Carta Fundamental, ello impide que la suscripta pueda adentrarse al análisis de la puesta en marcha del procedimiento sugerido por la Ley 27348.

Dicho esto, cito a continuación los argumentos desarrollados en “Flores” como ya lo anunciara, que explican lo aquí reseñado.

“Es necesario destacar, que entre otras causas, existe un dictamen del Fiscal General de la Cámara (nº 72.879 del 12 de julio de 2017), y un pronunciamiento de la Sala II en la Sentencia Interlocutoria Nº 74.095 del 3 de agosto del 2017, ambos en la causa “Burghi, Florencia Victoria C/ Swiss Medical ART S.A. S/Accidente - Ley Especial”.

“Asimismo, entre otros la Sala X, se pronunció el 30 de agosto de 2017, en los autos “Corvalán Héctor Eduardo, c/ Swiss Medical ART S.A. s/Accidente Ley Especial”, otro tanto hizo la Sala I el 12 de setiembre del corriente en autos “Luna Dolores Eduviges c/ Provincia ART S.A.”, así como la Sala V el 18 de agosto de 2017, en “Quispe Román, George c/ Provincia ART S.A. s/accidente”.

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

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

“(…) Preliminarmente, adelanto que he sostenido y argumentado inveteradamente -sobre lo que me explayaré aquí a su debido tiempo-, que en nuestro sistema jurídico, de modelo continental, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no revisten fuerza vinculante para el resto de los



jueces, toda vez que sus pronunciamientos son ley en sentido particular, sólo para las partes².”

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

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

“En efecto, en términos generales, es necesario comprender la estructura jurídica del modelo argentino, dentro de la cual se está juzgando la viabilidad de prorrogar la justicia ordinaria a una justicia administrativa, de carácter obligatorio. De ser livianos en este aspecto técnico, o de incurrir en meros argumentos de autoridad que conviertan en verdadero lo falso³, podemos incurrir en importantes confusiones que impliquen decisiones contrarias al derecho constitucional vigente⁴.”

“De tal modo, observo con preocupación que tanto la doctrina especializada, cuanto el Ministerio Público y la Jurisprudencia, se remiten en este tema, a precedentes de la Corte de EEUU sin formular distinciones, y extrapolan conceptos, como el de la agencia administrativa y el rol de los principios⁵, sin contemplar que su modelo jurídico es diferente al nuestro.”

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

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

“A tal fin, y hablando de modelos comparados, toda vez que en “Ángel Estrada” la Corte en efecto, habría de echar mano a precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a fin de determinar la viabilidad de la aplicación de los mismos, refrescó las bases de nuestro sistema constitucional, de acuerdo a la

² SALA III "Fiorino, Augusto Marcelo C/QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial" Causa Nro. 1832/2013, del registro de esta Sala, el día 25/04/2017

³ En oposición a lo manifestado en la cita anterior por la suscripta, ver Abalos María Gabriela, “Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los superiores tribunales de justicia en el federalismo argentino”, La Ley, 20 de septiembre de 2017.

⁴ KELSEN, Hans; "Teoría Pura del Derecho"; Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982; Traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, Cap IV y V.

⁵ CAÑAL, Diana R.; *El imperio de la ley: El debate Dworkin /Hart*; REVISTA SPES N° 36 : “DERECHOS HUMANOS”, 26/09/2014, pág. 57/65.



organización del poder que decantó la historia de nuestro país, en los constituyentes de 1853/60. Metodología que no se sigue habitualmente, y que, por cierto evitaría muchas distorsiones, cada vez que se extrapolan institutos sin mayor reflexión.”

“De hecho, que incansablemente propongo en mis pronunciamientos, la observación sobre el distingo entre el modelo continental y el de *common law*, el primero adoptado por la Argentina, y el segundo por EE. UU.⁶. Ello obedece a la necesidad de explicar detenida y sistémicamente, el porqué de una decisión, que muchas veces se aparta del común denominador. Por eso, no tener claro el “GPS”, tanto en el derecho como en el deporte y la conducción, sería algo así como, jugar un partido de fútbol donde el árbitro aplique el reglamento del *volleyball*⁷, o pretender avanzar en las rutas de Londres por la izquierda.”

“Este fue el motivo por el cual profundicé estos conceptos a la hora de evaluar la reforma, también en materia de riesgos, en relación con la competencia y los beneficios de la Ley 26773, en los fallos “Acevedo”⁸, y “Fiorino”⁹, lo que haré Nuevamente en el tema que me convoca.”

“Luego, en un segundo nivel de coincidencia con la doctrina de “Ángel Estrada”, la misma remarca como pauta metodológica -Considerando 12-, la necesidad de la interpretación sistémica al decir que “para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el art. 72 de la ley 24.065 –allí en debate- es preciso computar la totalidad de sus preceptos, de manera que **armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional** (Fallos: 312:111 y 1036, y sus citas).” (Lo puesto de resalto me pertenece)”

“En efecto, este tipo de hermenéutica es la que practico en la resolución de las causas y, expresamente, lo he manifestado en los precedentes mencionados y en numerosos decisorios como juez de la primera instancia¹⁰. Se trata en definitiva, de la necesidad de una interpretación en términos de sistema jurídico, en lo que hiciera hincapié la Dra. Kemelmajer de Carlucci en los albores de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación unificado.¹¹ “

“Puntualmente, en el fallo “Acevedo” expresé que hacer alusión a una interpretación “armónica” de los derechos contenidos en el texto constitucional, sólo puede ser traducida en la “jerarquía” de valores impuesta por la

⁶ Aclaro que se trata del modelo general, donde los fallos de Corte Suprema de los EEUU son vinculantes, así como el de la mayoría de los estados de la federación, contando con un pequeño grupo de continentales.

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

⁷ ROSS, Alf; *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. EUDEBA, 2010.

⁸ SALA III “Acevedo, Juan Bartolomé C/ Estancia La República S.A. Y Otro S/ Accidente – Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 63.585, del 30 de junio de 2014.

⁹ Ib 1

¹⁰ JNT N° 74, SD N° 2252, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Despido”, de fecha 27 de abril del 2006, revocada por esta Sala III, decisorio que a su vez dejara sin efecto la CSJN ratificando lo sostenido por la suscripta: “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.S/Despido”, de fecha 1 de septiembre de 2009

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prólogo al *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Ver sentencia “Fiorino” ib. 5.



Constitución Nacional, lo que consecuentemente se traduce en una jerarquía de las normas jurídicas, que debe ser respetada por el intérprete.”

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

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

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

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

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

“De allí que, toda norma de forma o adjetiva debe reglamentar los derechos constitucionales sustantivos según, la jerarquía que el propio sistema ha establecido a través de los principios normativos.¹² Esto mismo sucede con las normas de forma de rango constitucional -vgr. la división de poderes, la forma de gobierno, etc.- que son, precisamente, la “reglamentación” con la que el **constituyente** procura preservar el paquete de normas sustantivas.”

“En nuestros días, y desde 1.994 el paradigma vigente es el de los Derechos Humanos Fundamentales, el que nos obliga a jerarquizar¹³ los derechos en el juego entablado entre tres principios centrales: 1) El del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural, 2) el pro homine y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad.¹⁴ “

¹² CAÑAL, Diana R., “*El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales*”; Publicado en Libro “Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais”, Ed. Dois de Julho, Bahía, Brasil, 2015.

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

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

¹³ FAVOREAU, Louis, “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho”, Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia”.

¹⁴ Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incisos 19, 23 y 22 del artículo 75; en el P.I.D.E.S.C. -arts. 5.2 y 2.1-; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 26-; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana -art. 1º-



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

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

el *pro homine* y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad”.

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

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

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

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

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

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

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

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

Fecha de firma: 17/05/2019

Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA

Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA



jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”; el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27).”

“Vale resaltar que en la reciente unificación en el Código Civil y Comercial de la Nación -vigente desde el 1° de agosto de 2015-, el legislador entendió necesario -aún cuando podría interpretarse como redundante- establecer preliminarmente que los tratados de derechos humanos son fuente de derecho y pautas de interpretación de nuestro sistema jurídico (Artículos 1 y 2 del CCCN)¹⁵.”

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

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

“Justamente, encontramos que este análisis en Ángel Estrada es preliminar y no ha sido debidamente advertido en el uso que se hace de este precedente. Porque, valga la redundancia, para el uso que se realiza en Ángel Estrada de los precedentes de la Corte de los EEUU (lo que analizaremos debidamente), primero se tienen en cuenta los modelos jurídicos, a fin de no extrapolar lo que no corresponde técnicamente por su incompatibilidad.”

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

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

“Para reafirmar lo expresado por la CSJN en este precedente, nada mejor que evocar las palabras del propio Juan Bautista Alberdi, recordadas por el administrativista Juan Carlos Cassagne, quien al comparar nuestro sistema con el de los Estados Unidos, expresó: “decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña”.¹⁶”

“En consonancia, el administrativista destacó, aludiendo a la visión del propio Alberdi¹⁷, que: “*la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su*

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prólogo al *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :Infojus, 2015.

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos; *El Acceso a la Justicia Administrativa*, Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Administrativo realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004.

¹⁷ ALBERDI, Juan Bautista, Obras completas de J. B. Alberdi, t. V, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148, Buenos Aires, 1886. Al respecto, señala Alberdi: “Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonizadora de habitantes de la América del Sur”



vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista.”

“Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853. **De allí algunos autores han pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso** (vgr. efectos erga omnes de la anulación de reglamentos) (...)esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido, en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento). (...)Hay que advertir que la circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.(...)Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos Estudios que: **“todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial.** (...)En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible (...) ALBERDI, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que: **“para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos (...).”**Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos. Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los



diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.” (El texto resaltado me pertenece).¹⁸

“Asimismo, Tomás Hutchinson afirma en este sentido que; “nuestro sistema es autóctono, derivado del Derecho Patrio, lo que “se refleja entre otros aspectos, en la cláusula constitucional del artículo 109 (ex 95) sin equivalente en la Constitución estadounidense, donde a diferencia de lo que sucede en nuestro país, la ley puede determinar que la decisión administrativa tenga carácter *final*. Recordemos la vigencia, en Estados Unidos de (Norte) América, del principio de la *indemandabilidad* del Estado, que tenía por consecuencia adicional la imposibilidad de responsabilizar al Estado por los hechos de sus agentes, y, como consecuencia adicional, la doctrina de la *inmunidad soberana*, de lo que se derivaba la necesidad del consentimiento del Poder Legislativo para demandar al gobierno federal. Tal doctrina determinó inicialmente que se reconociera el derecho a demandar *al funcionario*. Debí aguardarse: a) hasta la creación de la *Court of Claims* para contar con un tribunal, bien que inicialmente de carácter administrativo, para que los contratistas del Estado pudieran deducir demandas contra aquél por responsabilidad contractual; b) que se establecieran legislativamente acciones de *judicial review* contra decisiones de *comisiones reguladoras* independientes; c) que se sancionara en 1946 la *Administrative Procedure Act* estableciendo con carácter general el derecho a revisión judicial de actos administrativos, y ; d) la sanción, también en 1946, de la *Federal Tort Claims Act*, que hizo posible accionar contra el Estado por daños y perjuicios derivados de actos de sus funcionarios, para que podamos afirmar la existencia de un auténtico sistema de control jurisdiccional de la Administración. Cabe señalar que en realidad, fue tras la sanción de la Constitución de 1853 y la recepción de la influencia de la Constitución estadounidense, con la correspondiente adopción por la Corte, en buena medida, de la jurisprudencia estadounidense, cuando comenzaron a plantearse las tesis de la *inmunidad soberana* y de la *indemandabilidad del Estado* (principios totalmente ajenos a nuestro sistema)”¹⁹.”

“Entonces, ¿cuál es la consecuencia de ser judicialistas? Que el modelo argentino “prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales (...)”, y que excepcionalmente, podría atribuírseles jurisdicción a Tribunales Administrativos. En otras palabras, que el Poder Ejecutivo tome el lugar del Poder Judicial.”

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

“Esta jurisdicción administrativa va en línea (como un crescendo de la incidencia de la economía y la política en el derecho) con la influencia directa

¹⁸ Ib. 11

¹⁹ HUTCHINSON, Tomás, El sistema argentino de control judicial de la Administración; Anales de Derecho Administrativo, Pág. 152/179



que tiene a su vez el poder político en el poder judicial, como fuera puesto de manifiesto en mis votos en las causas “Acevedo” y “Fiorino”²⁰.”

“En los EEUU, un precedente que atienda un tema muy relevante, es vinculante siempre y cuando el poder político no decida lo contrario, en cuyo caso se entroniza uno nuevo. Esto, es técnicamente posible en un modelo de *common law*, pero no en uno continental como el nuestro, que brinda mayor seguridad jurídica. Esa misma que se pretende destruir cuando se confunden los efectos de los fallos de la Corte, o cuando simplemente se lo considera un tema menor y se lo soslaya o se lo trata ligeramente, cuando es central ²¹.”

“Esta tendencia a confundir conceptos estructurales pierde un tanto su inocencia (para el caso de no ser deliberada y constituir un defecto de formación jurídica), si observamos que en principio, en nuestro país los precedentes norteamericanos en materia de *disregard*²² (*alter ego*, o *piercing the corporate veil*), han sido ignorados en materia laboral²³, precisamente cuando resultaban favorables al trabajador.”

“Es más, en este punto se observa con claridad que si el objetivo final no es el respeto por el derecho, sino el de los intereses de turno, se procurará confundir una y otra estructura jurídica. Así, en EEUU, las corporaciones pidieron que al menos en materia de *alter ego*, se codificara el derecho al que debían atenerse ellas y los jueces (pasar a un modelo continental en el tema), dado que la multitud de precedentes y estados en los que tenían que operar –lo que multiplicaba aún más los primeros-, aumentaba exponencialmente el riesgo de una condena.”

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

²⁰ Ib. 8

²¹ CAÑAL, Diana R.; “El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales”; Publicado en Libro “Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais”, Ed. Dois de Julho, Bahia, Brasil, 2015.

²²) Segunda Tesis Doctoral en **Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos**

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

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

²³ Con prólogo del Dr. Oscar Ermida Uriarte; CAÑAL, Diana R., “Controversias en el derecho laboral”, Editorial: Quorum, marzo de 2004, Reeditado por Errepar en 2011



“Es decir, se pretendía que éramos un *common law*²⁴, pero a diferencia de lo sucedido en los EEUU, no se trataba del pedido de un cambio, sino de una interpretación inválida del propio sistema jurídico.”

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

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

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

“Por tal motivo, en el fallo “Acevedo”, desarrollé la crítica al modelo de EE UU, donde al gozar los precedentes de fuerza jurídica vinculante, se asegura “**uniformidad**” es pos del interés de turno, en defensa de un modelo como el nuestro, de no vinculatoriedad y control difuso de constitucionalidad²⁵, que procura la independencia judicial -en lo que coincidió la CorteIDH²⁶-.”

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

²⁴ Con prólogo del Dr. Tulio Ortiz CAÑAL, Diana R.; *Una Visión Pragmática del Derecho*, Ed. Quorum nov/2003, Reeditado por Errepar en 2011

²⁵ Ib 11, pág. 12: “Hay que tener en cuenta, de todas maneras, la circunstancia de que el derecho constitucional argentino y su práctica jurisprudencial no han adoptado la doctrina de la fuerza jurídica vinculante de los precedentes (*stare decisis*)”

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

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



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

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

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

“Asimismo, en el curso de cien años la Corte pudo mantener fijo el mismo criterio que beneficiaba a la clase dominante aún en presencia de una modificación legislativa (*affirmative action*), **la cual se hizo necesaria en virtud del carácter eufemístico de la enmienda ya existente (14, sobre igualdad)**”.

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



constituían una violación del principio de igualdad, emergente de la ya referida Enmienda 14”.

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

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

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

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

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

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

“Así, el fallo “Ángel Estrada” muestra las decisiones del máximo tribunal del país del norte, en dos momentos históricos. La doctrina de los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*; *Far East Conference v. United States*; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.*- que datan de 1907, establecía que: “conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de E.E.U.U.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a **cuerpos expertos**, debido a que su dilucidación depende de la **experiencia técnica** de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los **particulares** deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una **agencia de la administración**; o cuando se procure asegurar la **uniformidad y consistencia** en la **interpretación** de las **regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular** en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios



que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (...)” (Considerando 13).”

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

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

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

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

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

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

“Al respecto, la CSJN afirmó que: “no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como



permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas (...)” (Considerado 14)”

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

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

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

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

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

“Esclarecido esto, es bueno recordar ya en nuestro derecho interno las palabras del administrativista Roberto Enrique Luqui cuando, aún antes de “Ángel Estrada”, resaltaba la importancia de la materia sobre la cual se regulaba la delegación, sosteniendo que: “distinguir la **materia objeto de la competencia**, constituye el elemento fundamental para admitir o no la constitucionalidad de dichos tribunales en nuestro sistema jurídico político (...) Una cosa es que la Administración Pública controle la legalidad de los actos dictados por los **órganos inferiores al Poder Ejecutivo** y trate al mismo tiempo de “juridizar” el procedimiento, y **otra muy distinta que resuelva conflictos intersubjetivos sobre materias del derecho común, por más que contra sus decisiones se pueda recurrir ante los tribunales judiciales. Lo primero puede ser constitucional, lo segundo nunca**” (lo puesto de resalto me pertenece)²⁷”



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

“En efecto, la distinción de la materia nos lleva a la jerarquía. Justamente, no todo es igual²⁸, no todo derecho puede ser debatido en el ámbito administrativo reemplazando sin más la justicia ordinaria, puesto que es una vulneración a los cimientos institucionales de nuestro país, fundados en la división de poderes -o de funciones-, con celosos mecanismos de control cruzado entre ellos.”

“Sin duda que, por la posición predominante que ocupa la protección de los trabajadores en el orden de prelación normativa²⁹, por ser un sujeto de preferente tutela, protegido por el artículo 14bis y el 75 inc. 22 (primero en el marco del constitucionalismo social -1957-, y luego por el constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales -1994-), y por su materia, la resolución de sus conflictos no podría ser competencia de tribunales administrativos, y mucho menos de carácter obligatorio.”

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

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

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

“Para Cassagne a partir del mismo “la Corte ha (...) profundizando la interpretación del principio de separación de poderes, el carácter judicialista de la Constitución y su armonía con la garantía de la defensa en juicio de las personas y sus derechos (art. 18 CN) (...).La arquitectura de toda la

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

²⁸ FAVOREAU, Louis, *Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho*, Volumen 59, Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia”.

²⁹ CNAT, Sala III, S.D. del31/08/2016en autos “SOSA, GLADYS ESTER C/FUNDACION CIENTÍFICA DE VICENTE LOPEZ Y OTRO S/ DESPIDO”: aquí se destaca el orden de prelación normativa entendido sistémicamente.



construcción jurídica que desenvuelve el Alto Tribunal en este caso descansa sobre la interpretación constitucional del principio judicialista, en el marco de la doctrina de separación de los poderes. Y dado que se ha puesto especial énfasis en la prohibición del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo prescripta en el art. 109 CN (sin correspondencia alguna con la Constitución norteamericana) con expresa mención de sus antecedentes históricos (...)"³⁰

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

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

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

³⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso

“Ángel Estrada”), *LL*, 2005/06/09



buena imagen en la cual inspirarse al efecto. (...)”³¹ -lo puesto de resalto le pertenece-“

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

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

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

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

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

“*Prima facie*, y en atención a lo ya manifestado, estaría en condiciones de advertir que el procedimiento administrativo obligatorio ante las Comisiones Médicas es un intento de tornar el sistema judicialista en uno de agencias, vulnerando el principio de división de poderes y, solo se estaría protegiendo a la parte más fuerte del vínculo entre privados, evadiendo la jerarquía sostenida por el Paradigma Normativo de los Derechos Humanos Fundamentales. (Ver título preliminar del CCCN, en particular artículo 11)³²”

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

“Así, como lo he referido en el punto VII, el artículo 109 de la CN establece que: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. En función de esto la CSJN consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos –como son los entes reguladores- para

³¹ <http://www.gordillo.com/articulos/art49.pdf>



dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN) por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18 CN).”

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

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

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

“Esto, no es ni más ni menos que una vulneración al acceso a la justicia – debido proceso-, y la garantía del juez natural que asegure “independencia e imparcialidad”.³³”

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

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

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

“Dentro de dichos principios, se encuentra aquel que refiere a una desigualdad de base que afecta a las relaciones laborales: el principio in dubio pro operario. Que es vital, no solo en la invocación de los derechos de fondo de los trabajadores, sino, aún más, en la cuestión adjetiva, especialmente en un

³³ Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.3 del PIDESC, arts. 26 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos



proceso donde se reclame la efectividad de aquellos derechos (artículo 9 LCT).”

“No obstante, obsérvese que la ley 27.348 establece de forma obligatoria una instancia previa ante las comisiones médicas, sustrayendo al trabajador de los jueces naturales de la causa, arrancándolo lisa y llanamente, de jueces abogados, para pasar a una esfera atendida por “jueces médicos”. Entonces, me pregunto, si esto podría sinceramente redundar en un beneficio para los trabajadores, siendo que además, quien “juzgue” no lo hará teniendo en cuenta la lógica de los principios del derecho del Trabajo. Entiendo que no.”

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

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

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

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

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

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

“Luego, realizada la unificación del sistema previsional se determinó en el artículo 15 Ley 26425: “El personal médico, técnico, auxiliar y administrativo



que se desempeñe ante las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por el artículo 51 de la Ley 24.241 y sus modificatorias será transferido a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en la proporción y oportunidad que sea necesario para su funcionamiento, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. A los efectos relativos a la antigüedad en el empleo del personal que sea transferido, se considerará como tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación con el organismo cedente. Asimismo, deberán transferirse los bienes inmuebles, muebles y equipamiento técnico necesarios para el adecuado funcionamiento de las comisiones médicas. **Los gastos que demanden las comisiones médicas y la Comisión Médica Central serán financiados por la Administración Nacional de la Seguridad Social y las aseguradoras de riesgos del trabajo**, en la forma y proporciones establecidas en la reglamentación.”

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

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

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

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

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

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

“Interpreto, que esta sucesión de leyes responde al objetivo de ganar más tiempo, y lograr uniformidad en las decisiones, puesto que, como he analizado en el punto anterior, la uniformidad no puede obligarse por la **obligatoriedad** de la jurisprudencia, se pretende establecerla por órganos



administrativos que en los hechos funcionarían como agencias tal como lo confiesan al citar el fallo “Texas” de la Corte Norteamericana, cerrando el juego del mercado representado por las aseguradoras de riesgos, a través de las CCMM: “ (...) o cuando se procure asegurar la **uniformidad y consistencia** en la **interpretación** de las regulaciones políticas diseñadas por la **agencia** para una industria o **mercado particular**, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (...)”

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

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

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

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

En conclusión, tampoco sería factible igualmente la aplicación inmediata de esta norma toda vez que la pérdida del acceso igualmente inmediato a la jurisdicción y la obligatoriedad de la “jurisdicción administrativa” que la desplaza, es una regulación más regresiva que el régimen anterior.

En consecuencia, de propiciar mi voto, corresponde revocar la resolución de primera instancia, y declarar la competencia material del Fuero para entender en las presentes actuaciones

Sin costas, ante la falta de contradictorio.

Por lo expuesto auspicio; I-Revocar el fallo de la primera instancia, II- Declarar la inconstitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio y excluyente regulado en el artículo 1 y cctes de la Ley 27.348 III- Declarar la aptitud jurisdiccional del Juzgado Nacional de Primera Instancia interviniente. IV- Remitir las actuaciones al juzgado de origen para que prosigan las actuaciones. V- Sin costas, ante la falta de contradictorio.

El Dr. Alejandro H. Perugini dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto del Dr. Miguel O. Perez.

Por todo ello, **el Tribunal RESUELVE: I.-** Confirmar la resolución apelada. **II.-** Sin costas ante la falta de contradictorio (art. 68 del



CPCCN). III.-Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Alejandro H. Perugini
Juez de Cámara

Diana R. Cañal
Juez de Cámara

Miguel O. Perez
Juez de Cámara

Ante mí:
21

Maria Lujan Garay
Secretaría

