

EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE Y EL RÉGIMEN PROCESAL EN LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO FUNDADAS EN EL DERECHO CIVIL.

EL CASO ARGENTINO

THE COMPETENT JURISDICTION AND THE PROCEDURAL REGIME OF THE DAMAGE REPAIR ACTION RESULTING FROM ACCIDENTS AND OCCUPATIONAL DISEASES BASED ON CIVIL LAW. THE ARGENTINEAN LAW SITUATION

Oscar Zas *¹⁵⁴

RESUMEN: El estudio procura dilucidar la competencia jurisdiccional en las acciones judiciales incoadas en Argentina para reclamar indemnizaciones por daños derivados de accidentes e enfermedades del trabajo, con fundamento en el Derecho Civil. El texto intenta demostrar que el orden jurídico constitucional argentino y el orden jurídico internacional convencional aplicable en ese país determinan la competencia de la Justicia del Trabajo especializada, y la aplicación de las normas procesales laborales. En consecuencia, el estudio considera inválidas las reglas legales recientes que atribuyen la competencia a la Justicia Nacional en lo Civil para este tipo de acciones judiciales.

PALABRAS CLAVES: Acciones judiciales por daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo. Competencia jurisdiccional. Normas procesales aplicables. Necesidad de tribunales especializados y de procedimientos propios. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las reglas legales que atribuyen competencia a la Justicia Civil.

ABSTRACT: The paper investigates the matter of jurisdiction for lawsuits in Argentina in which compensation for damage resulting from occupational accidents and occupational or professional diseases are claimed based on Civil Law. The text seeks to prove that both the Argentinean constitutional law and international conventional law applicable consider

Artigo recebido em 17/05/2015.

¹⁵⁴ * Profesor Titular Regular de Cátedra de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina. Ex Presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo.

necessary the affirmation, in these cases, of the Specialized Labor Justice, with its specialized judicial proceedings. Consequently, the study considers invalid the legal rules that have established the jurisdiction of the Civil Justice for such lawsuits

KEY WORDS: Lawsuits for damages resulting from accidents or occupational diseases. Jurisdiction. Applicable rules of procedure. Need for specialized courts and own procedures. Unconstitutionality of legal rules which confer jurisdiction on the Civil Justice.

I. Introducción

La ley 26.773 introdujo varias modificaciones al sistema de reparaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo integrado por la ley 24.557 y por el decreto 1694/09 y sus normas complementarias y reglamentarias.

En lo que interesa al tema de esta colaboración, la ley citada atribuyó el conocimiento y decisión de las acciones de reparación con fundamento en el derecho civil incoadas en la Capital Federal a la Justicia Nacional en lo Civil, y dispuso la aplicación de las normas procesales civiles.

A fin de facilitar la comprensión del lector, resulta adecuada la transcripción de las normas involucradas.

El art. 4° de la ley 26.773 establece en lo pertinente:

...Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables...

...En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”.

A su vez, el art. 17, inc. 2° de la ley citada dispone en lo pertinente:

A los efectos de las acciones judiciales previstas en el artículo 4° último párrafo de la presente ley, será competente en la Capital Federal la Justicia Nacional en lo Civil.

Invítase a las provincias para que determinen la competencia de esta materia conforme el criterio establecido precedentemente.

Corresponde aclarar que, según el sistema federal diseñado por los artículos 1º, 5º, 7º, 8º, 75, inc. 12, 121 a 126 y concordantes de la Constitución Argentina, cada provincia tiene el poder de organizar su propia administración de justicia, incluida la competente para entender en los conflictos laborales, y de dictar las normas procesales correspondientes para la aplicación de las normas comunes, entre ellas las laborales, cuyo dictado -el de estas últimas- incumbe al Congreso Federal.

Una situación especial se plantea respecto a la Ciudad de Buenos Aires, sede del Gobierno Federal, cuya autonomía fue declarada por el art. 129 de la Carta Magna incorporado por la reforma constitucional de 1994, porque hay controversia doctrinal y jurisprudencial respecto a su status jurídico. De todos modos, y a los fines de esta monografía, carece de relevancia indagar en esa cuestión constitucional.

Por ello, la ley 26.773 sólo atribuye la competencia al orden jurisdiccional civil en la Capital Federal e invita a las provincias a seguir ese criterio.

Por las razones que expondré seguidamente, considero inconstitucionales e inconvencionales los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773, en tanto atribuyen competencia a la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal para entender en las acciones de reparación derivadas de accidentes y enfermedades del trabajo fundadas en el derecho civil, y disponen la sustanciación del trámite de las mismas por las normas procesales civiles, excluyendo la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo y la aplicación de la ley 18.345, norma procesal aplicable a los procesos laborales en ese ámbito.

II. La Creación de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal

La Justicia del Trabajo de la Capital Federal fue creada por el decreto 32.347 dictado el 30 de noviembre de 1944 y ratificado por la ley 12.948, publicada en el Boletín Oficial el 6 de marzo de 1947.

Tempranamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el mencionado decreto respondía al propósito de someter los juicios que versaran sobre cuestiones referentes al derecho del trabajo, a procedimientos adecuados a la índole de esos asuntos y a tribunales de justicia especializados en los mismos, con el fin de obtener la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios, y que ello era incompatible con la substracción de causas de esa naturaleza al conocimiento de los nuevos tribunales, por razón de la nacionalidad o de la vecindad de las partes, o por ser una de ellas la Nación o alguna de

sus reparticiones autárquicas o bien por tratarse de juicios vinculados a materias cuyo conocimiento había sido atribuido a la justicia federal por las leyes que rigen su competencia¹⁵⁵

Unos años más tarde, recordó que el Tribunal había reconocido carácter nacional a normas del decreto 32.347/44 (ley 12.948), entre ellas al art. 45, tendientes a remover obstáculos legales que se opongan al mejor y más expedito funcionamiento de los tribunales del trabajo, y destacó enfáticamente que el propósito de dicha ley había sido someter los juicios laborales a procedimientos adecuados y a tribunales especializados, a fin de obtener, por ambos medios, la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios¹⁵⁶

Casi veinte años después, y en la misma línea hermenéutica, nuestro más alto Tribunal sostuvo que, teniendo en cuenta que el trabajo no constituye una mercancía que pueda ser sometida al régimen propio del comercio ni del tráfico interprovincial, aunque se trate de servicios empleados para el comercio interprovincial, la sujeción de las causas a que pudiere haber lugar, con fundamento en el contrato de trabajo, corresponde a los tribunales de provincia, conforme a la atribución de competencia que le es propia al juez del lugar, ya que el carácter de la actividad del empleador -empresa interestatal de transporte- no puede sustraer por sí mismo, la causa del fuero laboral o privar de los beneficios que la creación de esa jurisdicción importa para el económicamente débil¹⁵⁷

Casi inmediatamente, el Supremo Tribunal Federal, al convalidar la constitucionalidad de una norma procesal provincial consagratória del beneficio de pobreza de los trabajadores y sus derechohabientes, destacó que normas de esa índole persiguen la igualdad del trabajador o sus derechohabientes con su empleador, corrigiendo el desnivel económico con que deben afrontar el litigio mediante la declaración *ministerio legis* del mencionado beneficio, concretando así, junto con las normas que autorizan el otorgamiento de la carta poder y la asistencia letrada, la efectividad de la justicia gratuita, corolario lógico de la justicia social plasmada en el primer cuerpo normativo informado por esa filosofía (decreto-ley 32.347 del 30 de noviembre de 1944) y en los que se fueran dictando en el resto del país. Más: si el Estado no facilitara el acceso al proceso a quienes no pueden soportar su costo, comprometería la defensa en juicio que garantiza la Constitución Nacional¹⁵⁸

¹⁵⁵ C.S.J.N., Fallos: 210:404, año 1948, “Krivic, Daniel c/FF. CC. del Estado”

¹⁵⁶ C.S.J.N., Fallos: 231:256, año 1955, “Lactona S.R.L., Cía.”

¹⁵⁷ C.S.J.N., Fallos: 290:116, 25/10/1974, “Paredes, Humberto c/Compañía Colectiva Costera Criolla S.A.”

¹⁵⁸ C.S.J.N., Fallos: 290:322, 04/12/1974, “Ledesma, Pablo Santos y otros c/Alpesa S.A.”; doctrina ratificada en lo sustancial en Fallos: 298:778, 27/09/1977, “Formeiro, Alipio y otros c/Frig. Swift” y Fallos: 333:1765, 14/09/2010, “Machado, Epifanio Roque”.

Muy recientemente, la Corte Suprema señaló que la efectiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta sólo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin. Se sigue de ello una primera conclusión: el acceso a dichas vías no puede quedar condicionado al pago de tasas, depósitos u otras cargas de índole pecuniaria.

El Supremo Tribunal Federal añadió que la gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales configura una prerrogativa reconocida al trabajador dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de trabajo con prescindencia de la naturaleza -laboral o no- de las normas en que funde su pretensión o del carril procesal mediante el cual se tramiten las actuaciones pertinentes. Así, el beneficio de gratuidad a favor del trabajador y de sus derechohabientes permite la más acabada concreción, en el ámbito de las reclamaciones con sustrato netamente laboral, de la tutela judicial efectiva que normas internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional tipifican como un derecho fundamental en sí mismo y, a la vez, garantía de los restantes derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona ¹⁵⁹

III. El Principio de Protección del Trabajo

Desde el ángulo constitucional, el trabajador es sujeto de preferente tutela, toda vez que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna dispone textualmente que “*El trabajo en sus*

¹⁵⁹ C.S.J.N., 30/12/2014, “Kuray, David Leonel”. En el caso el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones declaró inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor por no haberse efectuado el depósito exigido por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial local, basado en que el remedio mencionado había sido articulado en un trámite incidental promovido en el marco de un reclamo de indemnización por accidente de trabajo que, previa impugnación constitucional de algunas disposiciones de la ley 24.557, se fundó en las normas del Código Civil y se encauzó de conformidad con el procedimiento civil y comercial provincial; de ahí que -según el citado tribunal- el demandante no se encontraba eximido de satisfacer las cargas económicas del proceso ni de cumplir con el depósito previo impuesto por aquella norma procesal, al no comprobarse ninguno de los supuestos de excepción en ella previstos.

La Corte Suprema admitió la viabilidad formal del recurso extraordinario interpuesto por el actor, en tanto consideró configurada la cuestión federal pertinente, pues el *a quo* había rehusado intervenir como máxima instancia revisora provincial al otorgar a disposiciones adjetivas locales un alcance que provocó un directo menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de defensa, consagrados por normas de rango superior (arts. 18, C.N.; 8° y 25, C.A.D.H.; 8°, D.U.D.H.), cuya plena operatividad debió ser particularmente asegurada en razón de que el reclamante, dada su condición de trabajador, es sujeto de preferente tutela constitucional (doctrina de los precedentes "Vizzoti" y "Aquino", Fallos: 327:3677 y 3753, entre varios).

diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...” una serie de derechos que seguidamente enuncia ¹⁶⁰

Esta preferencia es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente impone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal anterior a la vigencia del mentado art. 14 bis¹⁶¹

Sin perjuicio de destacar que el art. 14 bis explicita un programa social amplio, la reforma constitucional de 1994 ha venido a consolidar y profundizar, cualitativa y cuantitativamente, dicho programa, en particular a través del otorgamiento de jerarquía constitucional y supralegal a instrumentos internacionales de derechos humanos, que contienen normas de tutela de los derechos de los trabajadores y sus derechohabientes tanto en su dimensión sustancial como adjetiva, de la alusión expresa a la justicia social, y de la atribución al Congreso Nacional de la facultad de legislar y de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75, incs. 19, 22 y 23, C.N.).

En el campo laboral todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima el art. 14 bis de la Constitución Nacional, tutela ésta que, por ende, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad ¹⁶²

Es más. La reforma constitucional de 1994, a través de los instrumentos precitados, consolida ese enfoque en tanto incluye un arsenal principista de notable importancia al momento de juzgar la constitucionalidad y convencionalidad de la conducta de los poderes públicos y de evaluar las pretensiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales ¹⁶³

¹⁶⁰ C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”; Fallos: 331:1815, 12/08/2008, “Gentini, Jorge Mario y otros c/Estado Nacional-Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/GulfOil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; 04/06/2013, “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”; 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

¹⁶¹ C.S.J.N., Fallos: 181:209, año 1938, “Rusich, Elvira c/Cía. Introdutora de Bs. Aires”.

¹⁶² C.S.J.N., 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

¹⁶³ “...La reforma constitucional de 1994 vino a legitimar el programa social incumplido, que se desprende del art. 14 bis y que ha sido postergado injustamente por varias décadas. Los principios ínsitos en esa norma de la Constitución Nacional vigente, constituyen el marco legal de nuestras conductas, especialmente en el mundo del trabajo...Queda por lo tanto fuera de toda duda que el estado constitucional de derecho vino a ratificar las cláusulas del modelo y tomar nuevo impulso y vigor en cuanto a la programación de un modelo regulador e intervencionista...” (conf. Cornaglia, Ricardo J., “Efectos jurídicos de la ratificación del programa social incumplido en la reforma constitucional”, D.T. 1996-A, p. 22 y 26.

El referido arsenal implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y concs., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.)¹⁶⁴

Los derechos constitucionales tienen un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

Garantizar significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de su vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.¹⁶⁵

Coincido con la reciente doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Kuray" según la cual la efectiva vigencia del principio protectorio del trabajo humano exige que la protección de las leyes no quede circunscripta sólo al

En el mismo sentido: "...De muchas de las pautas ejemplificativamente recorridas se desprende un eje de constitucionalismo social que confiere proyección más definida al que ya insertó el art. 14 bis en 1957..." (conf. Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. VI, La reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 241.

¹⁶⁴ Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, "Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", Contextos, Revista Crítica de Derecho Social 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 178.

¹⁶⁵ C.S.J.N., Fallos: 335:452, 24/04/2012, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

reconocimiento de ciertos derechos y garantías, sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin.

Desde esta perspectiva, se impone un particular enfoque a la hora de juzgar la constitucionalidad y convencionalidad de normas atributivas de competencia a los órganos jurisdiccionales para el conocimiento de reclamos originados en las relaciones laborales, y reguladoras del proceso aplicable, pues el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio debe ser especialmente asegurado cuando es ejercido por los trabajadores o sus derechohabientes en el marco de dichas acciones.

El contenido esencial protegido del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio de los trabajadores y sus derechohabientes no se agota en el derecho al proceso y a gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino que exige que ese proceso se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo y eficaz para asegurar la plena satisfacción de los derechos e intereses invocados, y que se sustancie ante jueces y tribunales especializados en la materia.

El propósito de la creación de la Justicia del Trabajo consistió en someter los reclamos originados en relaciones laborales, con independencia de la naturaleza -laboral o no- de las normas invocadas como fundamento de las pretensiones, a procedimientos adecuados y a jueces y tribunales especializados, a fin de obtener, por ambos medios, la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios, por lo cual la privación de esos medios conlleva la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio de los trabajadores y sus derechohabientes, personas que gozan de preferente tutela constitucional.

La atribución de la competencia a jueces y tribunales del trabajo para el conocimiento de las causas incoadas por los trabajadores y sus derechohabientes con el propósito de obtener la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia de accidentes o enfermedades del trabajo con fundamento en los sistemas de derecho civil, no es el producto de una preferencia afectiva o ideológica, ni implica desconocer dogmáticamente la versación jurídica de los magistrados que integran el orden jurisdiccional civil, sino que responde al imperativo constitucional de hacer plenamente operativo el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio de los precitados sujetos de preferente tutela.

Una controversia planteada entre un trabajador o sus derechohabientes y su empleador y/o los obligados solidarios de éste con motivo del reclamo fundado en el derecho

civil de la reparación de los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales no es una contienda “civil”, sino un típico litigio laboral, en el cual se suscitan cuestiones que exigen para su solución justa la intervención de jueces del trabajo a los cuales el ordenamiento jurídico le reconoce especialización en la materia.

En el mismo sentido, destaca Godinho Delgado que, tratándose de una relación laboral, independientemente del derecho material aplicable, sea laboral, civil o comercial, los litigios pertinentes serán de competencia de la Justicia del Trabajo ¹⁶⁶

Como enseñaba Couture, en varios de sus estudios y en la exposición de motivos de su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, la necesidad de un régimen procesal especial para los juicios laborales ha sido unánimemente auspiciada y promovida por la doctrina procesalista y laboralista. Es así que afirmaba terminantemente que: *“la doctrina proclama no sólo tribunales especializados, sino también procedimientos propios. Por sus modalidades especiales, el conflicto de trabajo exige un apartamiento de todas las características tradicionales del proceso civil”*¹⁶⁷

Asimismo, en el primer número de la revista *Derecho Laboral* (1948), reiteraba que: *“es necesario concebir un nuevo derecho procesal del trabajo”*, aclarando que en los conflictos individuales de trabajo se han *“debido abandonar los postulados clásicos en la materia (respecto) de la posición de las partes...”*¹⁶⁸

IV. El Derecho de Acceso a la Justicia en Materia Laboral y el *JusCogens*

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la “dignidad inherente a la persona humana”, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para

¹⁶⁶ Godinho Delgado, Mauricio, “Relaciones de trabalho: Competência e Direito Material”, pub. en “Ampliação da competencia da Justiça do Trabalho 5 anos depois. Textos do 2º Seminário Nacional”, Luciano Athayde Chaves, Maria de Fátima Coêlho Stern e Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira, organizadores, Editora LTr, Sao Paulo, 2009, p. 59.

¹⁶⁷ Couture, Eduardo J., “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, Montevideo, 1945, p. 58, cit. por Barbagelata, Héctor-Hugo, “El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición, 2009, p. 257/8.

¹⁶⁸ Couture, Eduardo J., “Solución política y solución jurisdiccional de los conflictos de trabajo”, Año I, núm. 1, p. 17, cit. por Barbagelata, Héctor-Hugo, ob. cit. en nota 12.

asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas ¹⁶⁹

La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A. N° 16, párr. 117.

relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones.

En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.¹⁷⁰

El debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza -entre ellas, obviamente, las laborales- y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.

El debido proceso entraña, por una parte, la mayor igualdad -equilibrio, “igualdad de armas”- entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue -en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo- cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 18 y 19.

brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil ¹⁷¹

Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1).¹⁷²

El artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 37 y 38.

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 106.

En relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte ha dicho que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

En el mismo sentido, el Tribunal ha manifestado que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁷³

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un *verdadero acceso a la justicia*, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia.¹⁷⁴

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 161, 162, 163, 164 y 165.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 107.

En esta línea hermenéutica, adquiere singular relevancia la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones a los derechos humanos.¹⁷⁵

El derecho de acceso a la justicia no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y se encuentra subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Se puede visualizar aquí un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico -a niveles tanto nacional como internacional- que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana.

La indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *juscogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *juscogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse a todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *juscogens*), y acarrear obligaciones erga omnes de protección¹⁷⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había sido precursora en tal sentido, al señalar que el derecho de acceso a la jurisdicción integraba el *juscogens*, conclusión más justificada en caso de un reclamo de índole laboral¹⁷⁷

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

¹⁷⁷ C.S.J.N., Fallos: 302:2150, 05/12/1983, “Cabrera, Washington Julio Efraín c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”; Gialdino, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes,

V. La Finalidad de las Normas Procesales Laborales

Las normas del proceso laboral, entre ellas la que faculta a los jueces y tribunales del trabajo a fallar “*ultra petita*” (art. 56, ley 18.345 -t.o. por el dec. 106/98-, en adelante, L.O.), tienen como objetivo hacer efectivos los principios y reglas de protección del trabajo humano, teniendo en cuenta que el trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional ¹⁷⁸

En este contexto, la gratuidad en el procedimiento judicial para la determinación de los derechos derivados de las relaciones laborales también es un componente insoslayable del contenido mínimo esencial del derecho de acceso a la justicia de los trabajadores y sus derechohabientes. Además, la justicia gratuita es un corolario lógico de la justicia social, principio que inspiró la creación de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal a fines de 1944, y que sigue justificando su existencia actual, máxime teniendo en cuenta el impacto de los principios y reglas del Constitucionalismo Social y de la reforma constitucional de 1994.

La gratuidad mencionada, no se limita a la exención del pago de gravámenes fiscales (arts. 41, L.O.) y a la exención tributaria en los casos de acuerdos conciliatorios (art. 42, L.O.), sino que también comprende el otorgamiento de acta-poder para ser representado en juicio (art. 36, L.O.), y la exclusión de la vivienda del trabajador y sus derechohabientes como garantía del pago de costas (art. 20, L.C.T. -t.o.-).

La gratuidad también es la regla en el régimen de medidas cautelares, que se entienden siempre dictadas bajo la responsabilidad del solicitante, y sólo en casos especiales el juez, por auto fundado, podrá exigirle contracautela (art. 61, L.O.).

En materia de prueba pericial, el anticipo de gastos solicitado por los peritos es excepcional (art. 91, L.O.).

El impulso procesal de oficio vigente durante el proceso de conocimiento (art. 46, L.O.), que excluye la caducidad de instancia, aun con la excepción introducida para la prueba de informes (art. 84, L.O.), constituye otro componente esencial del mentado derecho constitucional.

Interpretación y Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 282; Zas Oscar, “El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino”, pub. en “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo”, Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014, p. 427.

¹⁷⁸ C.N.A.T., Sala V, sent. n° 76.447, 12/08/2014, Herrera, María de los Ángeles c/Suipacha Inn S.R.L.”; CNT 33525/2010/CA1, 19/09/2014, “Ferrara, Ariel Fabián c/Mapfre Argentina ART S.A. y otro” (en ambos casos, voto del Dr. Oscar Zas, con adhesión del Dr. Luis A. Raffaghelli).

Con la misma finalidad garantista para el trabajador y sus derechohabientes, la norma procesal laboral dispone que el vencimiento de los plazos, que serán improrrogables y perentorios, producirá la pérdida del derecho dejado de usar, sin necesidad de petición de parte ni declaración alguna (art. 53, L.O.), limita las excepciones admisibles como de previo y especial pronunciamiento (art. 76, L.O.), dispone -salvo limitadas excepciones- que las apelaciones interpuestas contra resoluciones dictadas en el proceso de conocimiento se tendrán presentes con efecto diferido hasta el momento en que se haya puesto fin a ese proceso con la sentencia definitiva (art. 110, L.O.) y establece el principio de inapelabilidad de las resoluciones dictadas durante el proceso de ejecución, salvo limitadas excepciones (art. 109, L.O.).

Por último, en materia de apreciación de la prueba en el proceso laboral, rige el principio “*in dubio pro operario*” (art. 9º, L.C.T. -texto modificado por la ley 26.428-).

En cambio, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuya aplicación dispone a casos como el presente el art. 4º último párrafo de la ley 26.773, está estructurado en base a pautas sustancialmente diferentes, que parten del principio de la igualdad procesal de los litigantes.

En esa línea, no contempla la gratuidad del proceso para los trabajadores y sus derechohabientes, salvo el supuesto excepcional del beneficio de litigar sin gastos (conf. art. 78 y ss., C.P.C.C.N.), sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general para las actuaciones judiciales que tramitan ante los Tribunales Nacionales de la Capital Federal por el art. 13, inc. e) de la ley 23.898.

El principio vigente para las medidas cautelares en materia civil es el de la exigencia de contracautela (art. 199 y ss., C.P.C.C.N.), y, dentro de las excepciones que podría invocar el trabajador o sus derechohabientes, sólo está contemplada la de quien actuare con beneficio de litigar sin gastos, situación -reitero- de procedencia excepcional (art. 202, inc. 2º, C.P.C.C.N.).

En materia de prueba pericial, rige el principio de la obligatoriedad del anticipo de gastos solicitado por los peritos (art. 463, C.P.C.C.N.).

El régimen procesal civil tampoco incluye una regla como la establecida en el art. 56, L.O., que permite a los jueces fallar “*ultra petita*”, prohibición sólo exceptuada por vía jurisprudencial cuando el importe reclamado en la demanda es seguido de la reserva relativa a

“lo que en más o en menos resulte de la prueba”, en cuyo caso debe entenderse que la determinación de los daños ha sido dejada a lo que surja de la mencionada prueba ¹⁷⁹

En materia procesal civil, el impulso procesal es de parte y rigen los institutos de la caducidad de instancia (art. 310 y ss., C.P.C.C.N.) y del acuse de negligencia en la producción de la prueba (art. 384, C.P.C.C.N.).

En el proceso civil el número de excepciones oponibles por el demandado es más amplio que en el proceso laboral (arts. 347 y 348, C.P.C.C.N.)

El régimen recursivo del proceso civil es más amplio y redundante en una mayor dilación en la tramitación de las causas (arts. 242 y ss., C.P.C.C.N.).

En cuanto a la apreciación de la prueba, no rige en el proceso civil el “*in dubio pro operario*”.

VI. La Facultad Legislativa de Atribución de Competencia Judicial y el Principio de Proporcionalidad

El art. 108 de la Constitución Nacional dispone:

El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que según la regla contenida en la citada norma la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación con el objeto de asegurar la garantía del juez natural ¹⁸⁰, que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía ¹⁸¹ y que nadie puede alegar un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado sistema adjetivo, pues las leyes de 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

¹⁷⁹ C.S.J.N., Fallos: 266:223, 30/11/1966, “Pribluda de Hurevich, Beatriz c/Hernández, Martín Gabriel”; 268:463, 28/08/1967, “Pierini, Juan c/Gobierno de la Nación”; 272:37, 14/10/1968, “Garayalde de Bonnacarrere, Emma Agustina c/Flota Arg. de Naveg. Fluvial y otro”; 308:392, 25/03/1986, “G.L.A. Preisz Hnos. S.A.C.I.F.I. c/Delia Sabina Pacenza”; 317:1662, 17/11/1994, “Oblita Ramos, Nancy c/Copla Cooperativa de Provisión de Servicios para Transportistas de Consumo y Credito Limitada”.

¹⁸⁰ C.S.J.N., Fallos: 333:1643, 31/08/2010, “DECSA S.R.L.”.

¹⁸¹ C.S.J.N., Fallos: 163:231, año 1931, “Astrada, Carlos A.”; Fallos: 316:2695, 02/12/1993, “Segovia, Miguel Angel y otros”; 330:3565, 14/08/2007, “Gardebled Hermanos S.A.”.

procesales cumplidos ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores¹⁸².

Sin embargo, la doctrina precitada no obsta a la valoración que quepa efectuar acerca de la racionalidad de las medidas adoptadas en las normas procesales y atributivas de competencia cuestionadas, entendida como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto como fin social en un momento dado. Ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Todo ello conforme los límites dispuestos en el art. 28 de la Constitución Nacional¹⁸³

Los principios de la parte dogmática de la Constitución Nacional valen para su parte orgánica, pues no se admiten discontinuidades o solución de continuidad alguna en la interpretación orgánica del texto, conforme a sanos principios del saber jurídico, o sea, la reconstrucción dogmática interpretativa proveedora de un sistema de decisiones lógicamente completo y no contradictorio.

La limitación establecida en el art. 28 de la Constitución Nacional a la potestad reglamentaria, tiene vigencia para toda facultad reglamentaria del Congreso Federal.

Cuando no resulta discutible la inadecuación de los medios a los fines, por ser palmaria y hasta groseramente contradictoria con los efectos manifiestos, es deber de los jueces el control sobre la norma. De lo contrario, bastaría con que los otros poderes invocasen cualquier fin constitucional para reducir a la impotencia al Poder Judicial respecto de la constitucionalidad de una norma, por mucho que ésta resultase claramente contradictoria con el fin proclamado en el acto legislativo o en su trámite¹⁸⁴

El art. 28 de la Constitución Nacional es en sí mismo una suma de garantías de limitación del poder. Así, por interpretación analógica y extensiva, el art. 28, C.N. irradia hacia todas las disposiciones constitucionales, las anteriores y las posteriores a la norma; las dictadas junto con ellas y las que se incorporaron en otras reformas, porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de limitación básico en el estado de derecho, por

¹⁸² C.S.J.N., Fallos: 329:5586, 12/12/2006, “Aupi Thierry, Marie y González Quintana, Delia Eleuteria c/Banco Francés S.A.”; Competencia N° 72. L., 11/12/2014, “Urquiza, Juan Carlos c/Provincia ART S.A.”.

¹⁸³ C.S.J.N., Fallos: 328:566, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSES” (voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

¹⁸⁴ C.S.J.N., Fallos: 328:566, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSES” (voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

definición sujeto a reglas, a leyes, no a persona alguna, tal como lo ordena el art. 29 de la Constitución.

Aunque el art. 28, C.N. no contiene la expresión, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima, de la que altera los derechos ¹⁸⁵

El principio interpretativo de razonabilidad, de todos modos, emana de una norma operativa; por lo que resulta ineludible de aplicar por todos los órganos de poder en el estado de derecho, entendido éste, precisamente, como estado de razón. En efecto, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento -o que deriva sólo de la voluntad de quien produce el acto- una ley es razonable cuando está motivada en los hechos y circunstancias que la impulsaron y fundada en el derecho vigente ¹⁸⁶

Según Linares, la garantía innominada del debido proceso sustantivo, o de razonabilidad o estándar del debido proceso se manifiesta principalmente a través de cuatro cláusulas invocadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conjuntamente con la disposición en que se funda el derecho o libertad cuya sustancia o esencia trata de proteger contra el acto de legislación.

Tales cláusulas -además de las que reconocen el derecho o libertad- son los arts. 17 y 28, en cuanto prohíben la confiscación de bienes y autorizan la expropiación, el art. 16, que impone la igualdad ante la ley y las cargas públicas, y el art. 33 ¹⁸⁷

La garantía del debido proceso comenzó siendo solamente una garantía contra los actos del príncipe -con alcance individual- que desconocieran las exigencias de un mínimo de razonables requisitos para que en un procedimiento judicial o administrativo se afectara válidamente la libertad corporal y la propiedad de un súbdito; se amplió luego a las leyes formales y material-formales del legislador, que no instituyeran ese mínimo razonable del requisito procesal y terminó por proteger al ciudadano de todas las leyes formales y material-formales irrazonables que vulneraran otros derechos y libertades. En esta última etapa nos hallamos ya frente a la garantía del debido proceso sustantivo. Nuestro país pudo, gracias al art. 28 de la Constitución, aplicar directamente la garantía en su forma sustantiva.

Creada la institución por el liberalismo republicano, vale ella también cuando la

¹⁸⁵ Ekmekdjian, Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina", Depalma, Buenos Aires, 1995, t. III, p. 33 y ss.

¹⁸⁶ Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 224.

¹⁸⁷ Linares, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. El `debido proceso´ como garantía innominada en la Constitución Argentina", Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª edición actualizada, p. 159.

república tome un sesgo neo-liberal y social-democrático. Lo que variaría sería el criterio de prudencia política con que ha de juzgarse lo que es razonable según la época histórica y su visión del mundo y de la vida. Sólo bajo un sistema autocrático, no personalista, dejaría de funcionar, porque entonces la voz de la Constitución republicana sería ahogada, y el hombre, como fin en sí, habría dejado de existir bajo la implantación de una tiranía, sea de pocos o de mayorías ¹⁸⁸

Como señala Ferrajoli:

...El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. A través de la estipulación de la...esfera de lo indecible (de lo indecible que, que se expresa en los derechos de libertad, y de lo indecible que no, que lo hace en los derechos sociales), las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo -la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949- se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los

¹⁸⁸ Linares, Juan Francisco, ob. cit. en nota 32, p. 226/227.

abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales. Es por lo que se redescubre el significado de “Constitución” como límite y vínculo a los poderes públicos establecido hace ya dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida no tiene Constitución”. Se redescubre, en suma -no sólo en el plano estatal sino también en el internacional-, el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste.

Se puede expresar el cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, afirmando que la legalidad, merced a esto, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho, es decir, de su “existencia” -ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, “puesto” por el legislador- y también la de su deber ser, es decir de sus condiciones de “validez”, asimismo positivadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica...En efecto, gracias a esta doble artificialidad, no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley. De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. Ésta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos jurídicos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados...

...La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales...¹⁸⁹

Según el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser

¹⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, España, Quinta Edición, 2006, p. 66/68.

aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el mencionado artículo como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “...*los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...*”.

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana¹⁹⁰

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas¹⁹¹

Las medidas restrictivas de los derechos y libertades fundamentales deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 26 y 27.

¹⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena, Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001.

El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen.

A la luz del mentado principio, la restricción debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función¹⁹²

La necesidad de las restricciones a los derechos humanos dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de aquella libertad fundamental y no la limiten más de lo estrictamente necesario. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo¹⁹³

VII. Ausencia de Motivos del Cambio de Competencia en el Proyecto de Ley y Falta de Exposición de un Interés Social que lo Justifique en el Debate Parlamentario

El mensaje enviado al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo Nacional con el proyecto del “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, convertido en la ley 26.773 luego del debate parlamentario, omite toda referencia al motivo o fin que habría justificado la modificación en materia de competencia y régimen procesal aplicable a las acciones de reparación fundadas en el derecho civil¹⁹⁴

En el debate parlamentario unos pocos legisladores intentaron fundar ese cambio en la naturaleza civil de los daños y de las acciones incoadas para su reparación con fundamento

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A Nº 5, párr. 46. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 121.

¹⁹⁴ Antecedentes parlamentarios, Ley 26.773. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños, Año XIX, Nº 10, noviembre de 2012, La Ley, Buenos Aires 2012, p. 21/22.

en los sistemas de responsabilidad civil, lo que conllevaría la atribución de la competencia respectiva a la Justicia Nacional en lo Civil en la Capital Federal.¹⁹⁵

A mi modo de ver, el citado fundamento no expresa la existencia de un interés social de intensidad tal que justifique cabalmente dicha decisión.

En efecto, la doctrina contemporánea se pronuncia en favor de la unificación del resarcimiento, que es acorde con la estructura indivisa del ordenamiento jurídico.

Para un enfoque científico de la materia debe partirse de la unicidad del fenómeno resarcitorio, que requiere un tratamiento sistemático y genérico que contemple todas las situaciones en las cuales existe una atribución del daño por el ordenamiento jurídico que impone el deber de resarcirlo.

El encuadramiento de un infortunio laboral en los presupuestos de aplicación de los distintos regímenes de responsabilidad establecidos en las normas laborales y civiles hace viable la aplicación de los mismos, pero no modifica la naturaleza jurídica del daño, ni de la relación laboral en cuyo marco se configura ¹⁹⁶

Es decir, el daño sigue siendo laboral y las acciones incoadas para su reparación también, pese a la invocación de los sistemas de reparación del derecho civil, en tanto aquél se produce como consecuencia de la puesta a disposición por parte del trabajador de su fuerza de trabajo en el marco de una relación de trabajo subordinada.

El art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, y la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Antecedentes parlamentarios, Ley 26.773. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños, Año XIX, N° 10, noviembre de 2012, La Ley, Buenos Aires 2012, p. 100 y 106 (Cámara de Senadores) y 273 y 274 (Cámara de Diputados).

En cambio, fueron más los legisladores que expresaron fundamentos jurídicos contrarios a la constitucionalidad y convencionalidad de la atribución de competencia a la Justicia Nacional en lo Civil para el conocimiento de las acciones de reparación fundadas en el Derecho Civil y de la aplicación pertinente de las reglas del proceso civil (Ver p. 85, 100 y 101 -Cámara de Senadores- y 279, 286, 295, 297, 298, 299, 306 y 336 -Cámara de Diputados-).

¹⁹⁶ Meik, Moisés y Zas, Oscar, “Los infortunios laborales y las acciones de derecho común” (2da. Parte), Errepar - DLE - T. V, 280/281.

¹⁹⁷ C.S.J.N., Fallos: 327:3753, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.” (votos concurrentes de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Belluscio y Maqueda y Highton de Nolasco); Fallos: 328:2520, 28/06/2005, “Ferreira, Gregorio Porfidio c/Mastellone Hnos. S.A.” (votos concurrentes de los jueces Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco); Fallos: 331:1488, 18/06/2008, “Bernald, Darío c/Bertoncini Construcciones S.A.” (votos concurrentes de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt,

En el supuesto específico de las reparaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo, cualquiera sea el sistema de responsabilidad invocado, están en juego derechos fundamentales del trabajador y, en su caso, de sus derechohabientes, consagrados para tutelar intereses y valores que van más allá de la esfera patrimonial de aquéllos subsumibles exclusivamente en el derecho de propiedad: los derechos a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a la salud.

En el marco de la tutela de los derechos humanos en el ámbito americano, es menester destacar que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten carácter angular en la Convención. De conformidad con el art. 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues se encuentran consagrados como unos de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes...

...Este Tribunal ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos...¹⁹⁸

Por otra parte, el derecho a la reparación plena o integral de los daños sufridos por los trabajadores y sus derechohabientes como consecuencia de los accidentes y enfermedades del trabajo encuentra fundamento en el principio de indemnidad, propio de la disciplina laboral, y en los principios y reglas del Constitucionalismo Social y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¹⁹⁹

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el derecho del trabajador a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a la salud, y a la pertinente reparación de los daños sufridos, en el desarrollo de su trabajo, no es ciertamente, un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.

El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por

Petracchi, Maqueda y Zaffaroni); Fallos: 335:2333, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino” (votos concurrentes de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Fayt).

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 119 y 120.

¹⁹⁹ C.S.J.N., Fallos: 327:3753, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.” (votos concurrentes de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Belluscio y Maqueda y Highton de Nolasco); Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo c/GulfOil Argentina S.A. y otro” (votos concurrentes de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni); Fallos: 332:2633, 24/11/2009, “Trejo, Jorge Elías c/Stema S.A. y otros” (voto concurrente de los jueces Fayt y Petracchi).

todos los ciudadanos, cualquiera sea su condición personal o profesional, puede ser ejercitado desde luego por los sujetos de las relaciones de trabajo (y por los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquiere un *contenido o dimensión laboral sobrevinidos*. Se produce así una "impregnación laboral" de un derecho de titularidad general o inespecífico por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados y sus derechohabientes a propósito y en los dominios de un contrato de trabajo.

En síntesis, estamos en presencia de un derecho constitucional atribuido con carácter general a los ciudadanos, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral de jerarquía constitucional por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral inespecífico de jerarquía constitucional²⁰⁰

Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró operativas en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones del Convenio n° 173 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

En el mencionado precedente, el Supremo Tribunal Federal, si bien destaca que la norma pertinente del convenio precitado al referir a los rubros que debían quedar protegidos por el privilegio expresa que, al menos, deben cubrirse los créditos correspondientes a salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retribuidas e indemnizaciones por finalización de servicios, la Recomendación n° 180 de la O.I.T., que complementa las disposiciones del convenio, determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por *"accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador"*.

Lo relevante de la doctrina fijada por nuestro más Alto Tribunal para el presente caso es que aplicó la tutela establecida en dichas normas internacionales a un resarcimiento por accidente de trabajo demandado judicialmente "con apoyo en las normas del derecho común"²⁰¹

Por las razones expuestas -reitero-, el motivo invocado como fundamento de la atribución de competencia a la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal en las acciones de reparación de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo fundadas

²⁰⁰ Palomeque-López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación Mapfre, pronunciada el 11/11/1991 en el Paraninfo de dicha universidad, publicado en Actualidad Laboral N° 4, p. 37/44.

²⁰¹ C.S.J.N., P. 589. XLVI. P. 575, XLVI., 26/03/2014, "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.".

en el derecho civil, y de regulación del trámite por las normas del proceso civil, no constituye un interés social de entidad tal que justifique esa decisión, por lo cual considero inconstitucionales e inconvenientes los arts. 4º último párrafo en lo pertinente y 17, inc. 2º de la ley 26.773, en tanto vulneran el contenido esencial del derecho de los trabajadores y sus derechohabientes a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio integrante del *juscogens*, sin que baste para controvertir esta conclusión la sola invocación del carácter de orden público de las normas sobre organización judicial, distribución de la competencia, regulación del proceso o similares.

VIII. La Relevancia de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Corroborar la conclusión propuesta en el capítulo anterior lo prescrito en el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo texto reza:

“En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”.

Si bien el término declaración se usa a menudo deliberadamente para indicar que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dar a conocer determinadas aspiraciones, la naturaleza de un instrumento internacional no depende del *nomen iuris* que se le haya dado (acuerdo, carta, tratado, pacto, convención, declaración) ²⁰²

Por ello, se impone esclarecer la intención de las partes, para lo cual la lectura del texto de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales es relevante, teniendo en cuenta que el régimen de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se atiene al principio de la primacía del texto, es decir remite a la aplicación de criterios objetivos de interpretación vinculados a los textos mismos, sin que impida la aplicación de esa pauta la eventual exclusión de la Carta del ámbito de la citada Convención de Viena, en tanto en el Derecho Internacional aquélla es la norma cardinal de toda interpretación ²⁰³

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada por la resolución XXIX de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, con la única excepción de los Estados Unidos de América afirma categóricamente que

²⁰² Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

²⁰³ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

“...tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum de derechos* de que todos ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables...” (conf. art. 1º, párr. 1º).

No resulta dudoso, entonces, que la intención del instrumento ha sido la de constituir un mínimo de derechos, dejando a la legislación nacional sólo como medio de mejoramiento de ese límite inferior. Ello armoniza con el Preámbulo, teniendo en cuenta que, según el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “...Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...”

El texto del Preámbulo de la Carta expresa en lo pertinente:

Los Estados Americanos, deseosos de dar efectividad a la persistente y generosa aspiración de las Conferencias Interamericanas de que en el Continente existan normas que protejan ampliamente a los trabajadores;...

...Acordes, por lo tanto, en que el presente grado de evolución jurídica exige a los regímenes democráticos garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social;...

...es de interés público, desde el punto de vista internacional, la expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo;

Conformes en que la cooperación económica, tan esencial para las Repúblicas Americanas, no puede ser verdaderamente efectiva a menos que se tomen medidas para asegurar los derechos de los trabajadores...

Desde esta perspectiva, según Gialdino la Carta debe ser entendida, al menos, como un instrumento que “cristalizó” aspectos de costumbres en proceso de formación, *in status nascendi*, contribuyendo a amonedarlas y a dar fin a dicho proceso; constituyó el momento de comprobación de una práctica regional creada por los Estados y de concreción de la *opinio juris* de los Estados, de la convicción de éstos de que dicha práctica constituye una norma jurídica²⁰⁴

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en algunas oportunidades, ha deducido el reconocimiento o la aceptación generales de una norma consuetudinaria a partir

²⁰⁴ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

de determinados instrumentos internacionales distintos de los tratados, como declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales o internacionales²⁰⁵

La codificación progresiva de la normativa consuetudinaria en materia de derechos humanos obliga a reinterpretar las definiciones clásicas de tratado, definido como instrumento vinculante para los Estados Partes a partir de su entrada en vigor, y de otros instrumentos, definidos como instrumentos no vinculantes.²⁰⁶

Por lo demás, corresponde destacar, de un lado, que la existencia y validez de las costumbres regionales es admitida por la doctrina y por la jurisprudencia internacional, y del otro, que para el sistema constitucional argentino, la costumbre internacional integra directamente su orden jurídico.²⁰⁷

Las circunstancias expuestas seguidamente confirman, implícita o explícitamente, el carácter normativo y vinculante de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado la Carta en más de una ocasión.

Así, señaló que la Carta, emitida simultáneamente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluye un detallado artículo sobre obligaciones de los Estados y derechos de los indígenas.²⁰⁸

La Comisión también destacó que la Carta prohíbe la ocupación de menores de 14 años en ninguna clase de trabajo, y de los menores de 18 años en labores peligrosas, y compromete a los Estados a garantizar las condiciones para que los menores puedan completar la educación básica obligatoria.²⁰⁹

²⁰⁵ Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, A/CN.4/659, 2013, 29 y su nota 86.

²⁰⁶ O'Donnell, Daniel, "Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano", Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, t. I, 2004, p. 67.

²⁰⁷ Gialdino, Rolando E., "Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos", DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013 y doctrina citada en las notas 43 y 44.

²⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20/10/2000, cap. I, 1.

²⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999, Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados, cap. VI, párr. 2, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13/04/2000.

Para la elaboración de su proyecto del Protocolo de San Salvador, la Comisión afirma que realizó un cuidadoso examen de los instrumentos internacionales en vigor sobre la materia, entre los cuales se encuentra la Carta.²¹⁰

Por último, la Comisión empleó las normas de la Carta para controlar la legislación nacional²¹¹

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló en lo pertinente:

...La jubilación se puede conceptualizar como aquella prestación económica que se deriva del régimen de seguridad social; se trata de una obligación de naturaleza social a cargo del Estado. Así, hoy por hoy en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la jubilación encuentra fundamento jurídico en la interpretación armónica de los artículos 50, 73 y 74 de la Constitución Política, así como de los artículos 25, 28, 29 y 30 del Convenio 102 de la O.I.T...; 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 31 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; 5 del Convenio 118 de la O.I.T. y artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que de conformidad con los artículos 7 y 48 de la Constitución Política, integran el Derecho de la Constitución en materia de derechos fundamentales...²¹²

La Corte Constitucional de Colombia tuvo en consideración el art. 19 de la Carta para conceptualizar el alcance del principio de estabilidad en el empleo²¹³

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT destacó entre los instrumentos regionales que reconocen el derecho de huelga el art. 27 de la Carta²¹⁴

²¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-1986, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cap. V. II, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, 26/09/1986.

²¹¹ Así, afirmó que “...*Tampoco está garantizado expresamente en la Constitución paraguaya, el derecho al trabajo sin discriminación alguna: ni el derecho a que la suspensión o disolución de los sindicatos no pueda imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado, tal como previene el Artículo 26 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada con el voto favorable del Paraguay...*” y que “...*los Artículos 353 y 354 (del Código de Trabajo de Paraguay) son muy rigurosos en la exigencia de requisitos para las declaratorias de huelgas, los cuales en la práctica son obstáculos al ejercicio de este derecho con la libertad con que lo estipula la O.I.T. (Convenio 98), la Carta Internacional Americana y la Carta de la OEA...*” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, cap. VI, B.e y C, respectivamente, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 19 rev. 1, 28/09/1987.

La Comisión tuvo en cuenta los arts. 26 y 27 de la Carta para analizar el régimen jurídico chileno en materia de libertad sindical y de huelga (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, cap. X, A.2, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, Doc. 18, 08/05/1990.

²¹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp: 07-010958-0007-CO, Res. N° 2009-004960, 24/03/2009.

²¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-173/11, de 14/03/2011.

²¹⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio General: Libertad sindical y negociación colectiva, 1994, 143.

La eficacia jurídica de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales también ha sido reconocida en varios precedentes por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina²¹⁵

La Declaración Sociolaboral del Mercosur, adoptada por los Jefes de Estado de los países miembros del Mercosur el 10 de diciembre de 1998 en Brasil, es la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales reconocidos como tales en el Mercosur.

La eficacia jurídica de la Declaración ha sido reconocida por nuestro más Alto Tribunal²¹⁶

La parte pertinente del Preámbulo de dicha declaración reza:

...Considerando que los Estados Partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos – OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)....

El texto transcrito implica que los Estados Partes de la Declaración, entre ellos la República Argentina, reconocen el carácter vinculante de la Carta. A todo evento, las Declaraciones de los Jefes de Estado o de Gobierno, incluso en el marco de cumbres de organizaciones regionales, quedan comprendidas como fuentes para la formación del derecho consuetudinario²¹⁷

Como señala Ermida Uriarte, las Cartas Sociales, a despecho de la variedad que suelen ofrecer, son proclamaciones solemnes en las cuales los Estados proclaman ciertos derechos y/o reconocen determinadas metas u objetivos laborales o sociales comunes.

La Comisión también destacó que: “...*El párrafo sexto del Preámbulo, texto que data de la misma época que los convenios de la OIT sobre la libertad sindical, declara que es «de interés público, desde el punto de vista internacional, la expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo...*” (nota 10 al texto citado en el párrafo precedente).

²¹⁵ C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A.”; Fallos: 333:1361, 10/08/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/SOMISA”; 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

²¹⁶ C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A.” (considerando 9º del voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni y considerando 10 del voto concurrente de los jueces Fayt y Petracchi); Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/GulfOil Argentina S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

²¹⁷ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013 y doctrina citada en la nota 63.

Apuntan a edificar el espacio social de un grupo de países, sobre la base de un zócalo mínimo común de derechos sociales, generalmente en un conjunto de naciones que consideran tener un perfil común (caso de la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948). Su objetivo es social: garantizar el reconocimiento de determinados principios y derechos considerados importantes en los países signatarios.

En todo caso, las Cartas Sociales también pueden constituir declaraciones que codifican o consolidan el Derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos y en tal caso forman parte del *juscogens* u orden público internacional, del “patrimonio jurídico de la humanidad”, como dice uno de los considerandos de la Declaración Sociolaboral del Mercosur²¹⁸

En definitiva, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales es un instrumento internacional que cristalizó un derecho consuetudinario regional en vías de formación y que, por ende, reconoce un *mínimum* de derechos y garantías invocables por los trabajadores, y genera obligaciones estatales de respetar, proteger y realizar dichos derechos y garantías²¹⁹

Incluso, hay quienes sostienen que este instrumento constituye un verdadero Código del Trabajo básico tipo para los Estados Americanos²²⁰, o la base mínima de legislación social que todos han aceptado respetar²²¹

Por otra parte, y sin perjuicio de lo expuesto, la Carta sirve de medio interpretativo de los derechos y garantías reconocidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y en las normas nacionales.

En tal sentido, para Gros Espiell es preciso relacionar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La Declaración, adoptada por la resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, enumera no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales (arts. VI, VII, XI, XII, XIII, XIV y XV). La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales posee igual naturaleza jurídica que la Declaración; no es un tratado internacional, sino otra

²¹⁸ Ermida Uriarte, Oscar, “Derechos laborales y comercio internacional”, Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 13 y 14.

²¹⁹ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

²²⁰ Rivera, Carlos Alá Santiago, “Trascendencia del derecho laboral”, Revista de Estudios Críticos del Derecho (Clave), Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, t. 3, n° 1, 2008, p. 37 y 45.

²²¹ Guachalla, Luis Fernando, “Los derechos del hombre y la protección internacional”, Editor Rolando Diez de Molina, 1ª edición electrónica 2006, p. 41.

declaración adoptada por medio de una resolución de la conferencia precitada. Este hecho, la simultaneidad de la adopción y la identidad de los principios en que ambos textos se fundamentan, explican por qué la Carta es un instrumento que debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana sobre los derechos sociales.

Agrega el autor citado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la Declaración Americana en el Preámbulo y en el artículo 29.d), pero esta norma alude no sólo a la Declaración, sino también a “*otros actos internacionales de la misma naturaleza*”. Y entre estos actos puede incluirse a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Concluye el mencionado jurista que de tal modo la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros.²²²

Para influir en la Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente durante las últimas etapas de discusión del proyecto, los representantes latinoamericanos se basaron en su propia experiencia de redacción y adopción de dos documentos regionales sobre derechos humanos, durante el mismo año de la Declaración Universal. Uno de los documentos fue la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyos 38 artículos orgánicos tratan detalladamente sobre los derechos inherentes al trabajo, siguiendo los intereses recogidos por la Organización Internacional del Trabajo hasta ese momento. La adopción de la Carta ofrece más pruebas de la fortaleza del compromiso regional general con los derechos económicos, sociales y culturales en 1948.²²³

²²² Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos II”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 110/111.

²²³ Carozza, Paolo G., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta”, Alicia Ely Yamin (coordinadora), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Asociación Pro Derechos Humanos, Plaza y Valdez Editores, Primera Edición 2006, México, p. 55/56.

Por su parte, Krsticevic sostiene que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales puede servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos ²²⁴

En esa línea, por aplicación del art. 29.d) de la Convención Americana, la Carta Internacional Americana de Derechos Sociales constituye uno de los referentes interpretativos del alcance de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, teniendo en cuenta que corresponde otorgar prevalencia a una hermenéutica sistemática, teleológica y evolutiva, que tenga en cuenta el contenido normativo más favorable para la protección del ser humano, en el caso el trabajador, y el objeto y fin de garantizar efectivamente sus derechos humanos.

Dicha técnica constituye una cumplida y necesaria aplicación de la consolidada pauta de exégesis “sistémica o universalista”, la cual nos dice, por emplear una fórmula acuñada, reiterada y nunca abandonada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para interpretar las normas de un instrumento de derechos humanos, debe ser tomado en cuenta el muy comprensivo *corpus juris* internacional en el que aquéllas, por naturaleza están insertas. *Corpus* este que, por lo demás, no está integrado sólo por tratados internacionales, ya que también comprende, *inter alia*, “resoluciones y declaraciones” ²²⁵

En ese marco, para la dilucidación del alcance del derecho de acceso a la justicia en los términos de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.3.a) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 18 de la Constitución Nacional cuando los trabajadores o sus derechohabientes reclamen la reparación de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo con fundamento en el derecho civil debe ser tenido en cuenta lo establecido en el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

El principio *pro homine o pro persona* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión

²²⁴ Krsticevic, Viviana, “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”, en ob. cit. en la nota anterior, p. 173/174, nota 13.

²²⁵ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre ²²⁶

En el mismo sentido, nuestro más Alto Tribunal, en distintos precedentes laborales, destaca que el principio *pro homine* determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, y censura toda exégesis restrictiva, pauta que se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, corresponde descartar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contraría la jurisprudencia de la Corte concordante con la doctrina universal: el “principio de favorabilidad” ²²⁷

Recientemente, en un caso laboral la Corte Suprema ratificó y profundizó dicha doctrina en los siguientes términos:

...un principio que “informa todo el derecho de los derechos humanos” y resulta “connatural” con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...Se trata...del principio *pro homine* o *pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A Nº 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., ídem, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A Nº 6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten...²²⁸

Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar ²²⁹

²²⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

²²⁷ C.S.J.N., C.S.J.N., Fallos: 330:1989, 03/05/2007, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); Fallos: 333:1361, 10/08/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”.

²²⁸ C.S.J.N., 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

²²⁹ Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37.

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes*²³⁰

La Corte Interamericana ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales ²³¹

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ²³²

Esta evolución, como destaca Cançado Trindade, es reflejo de un fenómeno más profundo: la propia normativa internacional de protección es concebida, se desarrolla y se aplica impulsada por las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos ²³³

El art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe:

²³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 37 y 38.

²³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

²³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 83.

²³³ Cançado Trindade, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, p. 186.

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...".

En tal sentido, constituye criterio hermenéutico del cimerio tribunal americano que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ²³⁴

Tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención Americana utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención Americana por virtud del art. 29.

Los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los derechos económicos, sociales y culturales ²³⁵

Principios similares a los resultantes del art. 29 de la Convención Americana son consagrados en los arts. 5.2 y 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5.2 y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 41

²³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 178.

²³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., párr. 2 y 3).

de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De conformidad con el art. 29.b) de la Convención Americana, si alguna ley otorga una mayor protección o regula con mayor protección el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, se deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional y la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente²³⁶

De conformidad con los criterios expuestos precedentemente, en materia laboral rige el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, independientemente si la norma es interna o internacional, o si la interpretación es postulada por un tribunal nacional o un tribunal internacional u organismo de igual jerarquía encargados de la interpretación y aplicación de la norma internacional pertinente.

El criterio de la “norma más favorable a las personas protegidas”, como lo denomina Cançado Trindade, contribuye a: 1) reducir o minimizar considerablemente las pretendidas “posibilidades” de conflictos entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; 2) obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en la dimensión vertical (tratados y derecho interno), cuanto en la horizontal (dos o más tratados) y 3) demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos -garantizando los mismos derechos- sólo tienen el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en última instancia es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente prevalecerá la

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 156.

norma que en el caso concreto proteja mejor, sea del derecho internacional o del derecho interno²³⁷

Como observa lúcidamente Gialdino, el principio *pro persona* da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa, con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar otra, sino combinar las dos a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema, en dichos supuestos, no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa²³⁸

Por las razones expuestas, tanto si se lo considera un instrumento jurídico directamente vinculante como si se lo utiliza como medio interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos internacionales y en las normas nacionales, los jueces y tribunales argentinos deberán tener en cuenta la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales a fin de efectuar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su consideración.²³⁹

IX. El Principio de Progresividad

El principio de progresividad relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición de regresividad o de retroceso social también forma parte del bagaje teórico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El citado principio está consagrado, entre otras normas, en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el art. 1 del Protocolo de San Salvador (PSS).

²³⁷ Cançado Trindade, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, Volume I, p. 544/545. Agrega el mencionado autor que el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas era aplicado a fines de la década de 1950 por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición nº 253/56, de 1958-1959), y recibió el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

²³⁸ Gialdino, Rolando Edmundo, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 116/117 y autores citados en su nota 275.

²³⁹ Zas Oscar, "El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino", pub. en "Estudios Críticos de Derecho del Trabajo", Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014, p. 467.

Por otra parte, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales enuncia en 1948 el mentado principio, al reconocer a los “*trabajadores de toda clase*” un *mínimum* de derechos y al poner en manos de las leyes nacionales la ampliación de aquéllos o el reconocimiento de otros más favorables.²⁴⁰

La obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y la Constitución Nacional imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos sociales. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos sociales de los que goza desde la adopción de la norma que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.²⁴¹

El PIDESC establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir, de disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado, en un determinado momento, los derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando la orientación de aquél no es otra que la “*mejora continua de las condiciones de existencia*”, según dispone su art. 11.1.

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) el objetivo general y la razón de ser del PIDESC es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en ese aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.²⁴²

En la Observación General N° 14 referida al derecho a la salud el CDESC precisó más su doctrina en los siguientes términos:

²⁴⁰ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

²⁴¹ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Courtis, Christian (compilador), Centro de Asesoría Laboral, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17/18.

²⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), 14/12/1990.

Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte²⁴³

La Observación General N° 18 del CDESC relativa al derecho al trabajo ha reiterado este criterio hermenéutico: “As for all other rights in the Covenant, there is a strong presumption that retrogressive measures taken in relation to the right to work are not permissible”²⁴⁴

La Observación General N° 19 del CDESC relativa al derecho a la seguridad social profundiza el mencionado criterio en los siguientes términos:

Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional²⁴⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al modificar un criterio anterior, se expresó en los siguientes términos:

...El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

²⁴³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11/08/2000.

²⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18, “El derecho al trabajo”, aprobada el 24/11/2005. Corresponde citar la versión inglesa, pues es la original y permite advertir que la traducción al castellano que proporciona la ONU es incorrecta: “*En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles*”.

²⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 19, “El derecho a la seguridad social (artículo 9), aprobada el 23/11/2007.

Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

Como correlato de lo anterior, se desprende un deber -si bien condicionado- de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re [gresivo] en este aspecto requerirán de la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada en razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate...²⁴⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto varios casos a la luz de la prohibición de regresividad.

²⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú, sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 102 y 103. En la nota 89 del párr. 103 se lee en lo pertinente lo siguiente:

“De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “en caso de que un Estado parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo [...] y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto, E/C.12/2007/1, 38 Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

En la causa “Milone” el Supremo Tribunal Federal, confirmó la sentencia que, luego de declarar la inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT), norma que disponía el pago de la indemnización por incapacidad derivada de un accidente de trabajo mediante renta periódica, había ordenado que la misma fuese satisfecha mediante un pago único. En lo pertinente la Corte señaló:

...Por su parte, el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, al establecer como atribuciones del Congreso de la Nación las de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, pone énfasis en determinados grupos tradicionalmente postergados, dentro de los cuales se menciona en forma expresa a las personas con discapacidad. Por tal razón una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia’...²⁴⁷

En el caso “Medina” la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT) que excluía a los padres como derechohabientes de la indemnización por accidente de trabajo en caso de muerte del trabajador soltero sin otros derechohabientes. Los argumentos pertinentes del más alto Tribunal de Argentina fueron los siguientes:

En el contexto que precede se advierte también una retrogradación de derechos consagrados por normas fundamentales -previamente receptados en las leyes que regulaban su ejercicio [...], y que fueron abrogados [...] sin razones que lo legitimen, lo cual resulta inconcebible en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esta retrogradación fue señalada por la propia Corte al evaluar la LRT, afirmando que la reforma introducida por la norma que regula los infortunios laborales pone a ésta en un grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del PIDESC en particular; agregando -con cita, incluso, del artículo 2.1 del Pacto y del Comité respectivo- que todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en

²⁴⁷ C.S.J.N., Fallos: 327:4607, 26/10/2004, “Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”

el Tratado, puntualizando que aquéllas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Acuerdo y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, derivándose una fuerte presunción contraria a que las medidas regresivas sean compatibles con el Pacto, sobre todo cuando su orientación no es otra -art. 11.1- que la mejora continua de las condiciones de existencia (v. Fallos: 327:3753, cons. 10, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y 328:1602).

Cabe recordar (...), que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (v. Fallos 328:1602, voto del ministro Maqueda)²⁴⁸

En el caso “Arcuri Rojas”, la Corte Suprema de Justicia acogió el reclamo de una jubilación por invalidez, invocando en lo pertinente lo siguiente:

Que la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia

Que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos aplicaron la norma más favorable, exégesis que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado

Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10º del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602)

Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes en situación de total desamparo por aplicación de

²⁴⁸ C.S.J.N., Fallos: 331:250, 26/02/2008, “Medina, Orlando Rubén y otro c/Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni). Este criterio fue reiterado en Fallos: L. 257. XL, 03/06/2008, “Lescano, Demetrio y otro c/Estructuras Metalúrgicas Din S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) y en B. 1013. XLIII, 25/08/2009, “Barberis, Nilda María y otro c/Adecco Argentina S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda).

leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo.²⁴⁹

En un reciente pronunciamiento, donde acogió un reclamo incoado contra un decreto municipal que disponía la rebaja de las remuneraciones de los empleados públicos, la Corte Suprema ratificó y profundizó su doctrina respecto al principio de progresividad en los siguientes términos:

...el principio de progresividad, el cual, para lo que interesa, impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente "regresivo" en materia de derechos humanos, tal como lo es el decreto 5/2003 impugnado, requieran la consideración "más cuidadosa", y deban "justificarse plenamente", v.gr., con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del "máximo de los recursos" de que el Estado disponga (Observación general N° 18, cit. párr. 21; asimismo, del citado Comité: Observación general N° 17 -párr. 27-y 19 -párr. 42- entre otras). En este sentido se alinean conocidos antecedentes de esta Corte ("Aquino", cit., ps. 3774/3776; Madorrán", cit., p. 2004; "Milone", Fallos: 327:4697, 4619 -2004-; "Torrillo", cit., p. 722; asimismo: "Medina, Orlando Rubén y otros c/Solar Servicios On Line Argentina S.A.", Fallos: 321:250 y sus citas -2008-; "Silva, Facundo Jesús c/Unilever Argentina S.A.", Fallos 330:5435, 5454 -2007- voto de los jueces Fayt y Petracchi; "Sánchez, María del Carmen c/ANSes", Fallos: 328:1602, 1624/1625 -2005- voto del juez Maqueda). En términos idénticos, es dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú (excepción preliminar y fondo, 1-1-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103); asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros - El Salvador, 20-3-2009, párr. 105 y ss.). Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un "orden social justo", convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, del principio según el cual "el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia" (art. 45.b).

En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada Observación general N° 18 (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias (v.gr. Observación general N° 14 -párr. 32-, 15 -párr. 19-, 17 -párr. 27), así como también lo ha hecho esta Corte ("Medina", cit., p. 259 y sus

²⁴⁹ C.S.J.N., Fallos: 332:2454, 03/11/2009, "Arcuri Rojas, Elsa" (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

cit.; v. asimismo: “Aquino”, cit., p. 3775, y “Silva”, cit., p. 5454). La regresividad, en suma, “contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos” (Caso Acevedo Buendía..., cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21)...²⁵⁰

En el orden jurídico inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 en la Capital Federal resultaba competente para el conocimiento de acciones de reparación de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo fundadas en el Derecho Civil la Justicia Nacional del Trabajo, y era aplicable la L.O. (conf. arts. 20 y 21, inc. a) de la L.O.)²⁵¹

El art. 46, inc. 2º de la 24.557 sólo atribuía competencia en la Capital Federal a la Justicia Nacional en lo Civil para entender en la acción incoada contra el empleador con fundamento en el art. 1072 del Código Civil, que regula el caso de delito civil, entendido como “*acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro*”, supuesto de aplicación residual en caso de accidentes y enfermedades laborales.

En este contexto, la regulación establecida en los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773, en tanto atribuye la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil para el conocimiento de acciones de reparación fundadas en los restantes subsistemas de responsabilidad civil y dispone la aplicación de las normas procesales civiles, implica una clara violación del principio de progresividad en los términos delineados precedentemente, en tanto disminuye el grado de protección atribuido en el orden jurídico interno al derecho de acceso a la justicia para la dilucidación de esas pretensiones, sin que el motivo invocado para esa regresión -descrito en el capítulo VII- constituya un interés social de tal entidad que la justifique plenamente.

No modifica la conclusión expuesta el hecho de que el art. 16 de la ley 24.028 contuviera una regulación similar a la prevista en los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773.

En efecto, si bien al momento de entrada en vigencia del art. 16 de la ley 24.028 (26/12/1991) no estaba vigente la última reforma constitucional, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación recién abandonó expresamente la teoría dualista con posterioridad a

²⁵⁰ C.S.J.N., 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

²⁵¹ C.S.J.N., Fallos: 321:1865, 30/06/1998, “Jordán, Antonio Víctor y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro”; Fallos: 321:2757, 06/10/1998, “Munilla, Gladys Nancy c/UnityOild S.A.”; Fallos: 332:2302, 13/10/2009, “Sotelo, Rodolfo c/José Carlos González y otros”; Fallos: 332:2738, 09/12/2009, “Carrasco, José Miguel c/Luz A.R.T.”; Competencia N° 535. XLV, 09/03/2010, “Robles, Manuel Regino c/Frutihortícola Don Carlos S.A. y otros”.

dicha fecha ²⁵², igualmente la norma precitada vulneraba el derecho de acceso a la justicia de los trabajadores y sus derechohabientes conceptualizado según los principios, reglas y valores constitucionales existentes en aquel entonces.

Cabe reiterar especialmente lo afirmado en el último párrafo del capítulo **IV** en el sentido de que ya en 1983 nuestro más Alto Tribunal había sostenido enfáticamente que el derecho de acceso a la jurisdicción integraba el *juscogens*, conclusión mucho más justificada en caso de un reclamo de índole laboral.

Siendo inconstitucional la reforma introducida por el art. 16 de la ley 24.028, no cabe sustentar la validez de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 con el argumento de que reiteran la solución adoptada por una norma legal sancionada en 1991, y que tuvo vigencia durante apenas algo más de cuatro años.

Aun cuando hipotéticamente se considerara constitucional el art. 16 de la ley 24.028, igualmente dicha norma sería regresiva respecto al orden jurídico vigente en ese momento inaugurado con la creación de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal a través del decreto 32.347/44, ratificado por la ley 12.948. Es decir, dejaría sin efecto instituciones consolidadas (la competencia atribuida a un orden jurisdiccional especial de trabajo para el conocimiento de reclamos de reparaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo con fundamento en el derecho civil y un procedimiento adecuado) durante más de cuarenta años, sin invocar un interés social de tal entidad que justificara plenamente esa regresión en el nivel de tutela de los trabajadores y sus derechohabientes.

Desde esta perspectiva, los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 no dejan de ser regresivos porque persistan en la regresión establecida por normas anteriores ya derogadas (en el caso: el art. 16 de la ley 24.028), ni mucho menos porque estas últimas no hayan sido oportunamente declaradas inconstitucionales.

En todo caso, es evidente que a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994, cambió sustancialmente el enfoque para el control de constitucionalidad y convencionalidad de normas como el art. 16 de la ley 24.028; de ahí que corresponda afirmar que cuando esta última norma fue derogada por la ley 24.557 ya había perdido validez constitucional, en el supuesto de que alguna vez la hubiera tenido.

²⁵² C.S.J.N., Fallos: 315:1492, 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros”. En este caso, el Supremo Tribunal Federal sostuvo la primacía de los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, fundada en lo prescripto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.

En este contexto, no puede ser invocado el precedente del art. 16 de la ley 24.028, que sólo estuvo vigente apenas algo más de cuatro años, para justificar la validez de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773, pues la regla contenida en aquella era clara e inequívocamente inconstitucional e inconvencional al momento de la entrada en vigencia de estas dos últimas.

El control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera ²⁵³

Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos. Cabe entonces admitir que estas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo ²⁵⁴

Como principio de interpretación de la Constitución Nacional, no es adecuada una exégesis estática de ésta y de sus leyes reglamentarias inmediatas que esté restringida a las circunstancias de su sanción. Las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, a la que han de acompañar en la discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores ²⁵⁵

Los criterios hermenéuticos aplicables a los instrumentos internacionales de derechos humanos son los enunciados en el capítulo VIII.

Los argumentos desarrollados en este capítulo corroboran, por tanto, la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad propuesta en el capítulo VII²⁵⁶

²⁵³ C.S.J.N., Fallos: 211:162, 09/06/1948, “Merck Química Argentina S.A. c/Nación”.

²⁵⁴ C.S.J.N., Fallos: 308:2268, 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María” (voto del juez Fayt).

²⁵⁵ C.S.J.N., Fallos: 256:588, año 1963, “Nación c/Provincia de Buenos Aires”; Fallos: 308:2268, 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María” (voto del juez Petracchi).

²⁵⁶ Según la información pública disponible al momento de concluir este trabajo (08/06/2015), las salas I, III, V, VI, VII, VIII, IX y X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con argumentos total o parcialmente coincidentes con los expuestos por el autor de este texto, se habían pronunciado por la inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 (Sala I, sent. int. n° 66.204, 03/11/2014, “D’Angelo, Luis Sebastián c/Belclean Servicios Especiales S.A. y otros”; Sala III, 30/09/2013, “Valdez, Eliana Flavia Valeria c/Pertenecer S.R.L. y otro”; Sala V, sent. int. n° 31.793, 31/03/2015, “Blasco, Nelson Alberto c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo y otro”; Sala VI, sent. int. n° 36.492,

Referencias

- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición, 2009
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, La reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003
- CAROZZA, Paolo G., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta”, Alicia Ely Yamin (coordinadora), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Asociación Pro Derechos Humanos, Plaza y Valdez Editores, Primera Edición 2006, México
- CORNAGLIA, Ricardo J., “Efectos jurídicos de la ratificación del programa social incumplido en la reforma constitucional”, D.T. 1996-A
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Courtis, Christian (compilador), Centro de Asesoría Laboral, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina", Depalma, Buenos Aires, 1995
- ERMIDA URIARTE, Oscar, “Derechos laborales y comercio internacional”, Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001

09/12/2013, “Diz, Héctor Alberto c/Securitas Argentina S.A. y otros”; Sala VII, sent. int. n° 35.921, 30/12/2013, “Salas, Leandro Mariano c/SMG ART S.A.”; Sala VIII, 16/03/2015, “Gómez, Walter y otro c/New I & C S.R.L. y otro”; Sala IX, sent. int. n° 14.518, 06/12/2013, "S.G.A. c/C.O.R.A. y otro" y Sala X, sent. int. n° 22.591, 31/03/2014, “Benítez, Mario Pedro c/Berkley International ART S.A.”).

Las Salas II y IV se pronunciaron en el sentido favorable a la constitucionalidad de las normas precitadas (Sala II, 28/10/2014, “Cortes, Héctor Adolfo c/Galeno ART S.A. y otro”; Sala IV, sent. int. n°52.321, 23/04/2015, “Quiroga, Luis Alberto c/ART Interacción S.A. y otro”).

Por licencia de una de sus integrantes naturales, la Sala I en la actualidad tiene otra integración. Con los actuales miembros, este Tribunal modificó su criterio y sostuvo la constitucionalidad del art. 17, inc. 2º de la ley 26.773 (Sala I, sent. int. n° 66.680, 27/05/2015, “Di Fazio Fernando c/Siseg S.R.L. y otro”).

FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, España, Quinta Edición, 2006

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2001

GIALDINO, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013

GIALDINO, Rolando Edmundo, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013

GIANIBELLI, Guillermo y Zas, Oscar, “Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, Contextos, Revista Crítica de Derecho Social 1, Editores del Puerto, Buenos Aires , 1997

GODINHO DELGADO, Mauricio, “Relaciones de trabalho: Competência e Direito Material”, pub. en “Ampliação da competencia da Justiça do Trabalho 5 anos depois. Textos do 2º Seminário Nacional”, Luciano Athayde Chaves, Maria de Fátima Coêlho Stern e Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira, organizadores, Editora LTr, Sao Paulo, 2009

GROS ESPIELL, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos II”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988

GUACHALLA, Luis Fernando, “Los derechos del hombre y la protección internacional”, Editor Rolando Diez de Molina, 1ª edición electrónica 2006

LINARES, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. El `debido proceso´ como garantía innominada en la Constitución Argentina", Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª edición actualizada

MEIK, Moisés y ZAS, Oscar, “Los infortunios laborales y las acciones de derecho común” (2da. Parte), Errepar - DLE - T. V

O`DONNELL, Daniel, “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, t. I, 2004

PALOMEQUE-LÓPEZ, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación Mapfre, pronunciada el 11/11/1991 en el Paraninfo de dicha universidad, publicado en Actualidad Laboral N° 4

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian

(compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997

RIVERA, Carlos Alá Santiago, “Trascendencia del derecho laboral”, Revista de Estudios Críticos del Derecho (Clave), Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, t. 3, n° 1, 2008

ZAS, Oscar, “El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino”, pub. en “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo”, Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014

ZAS, Oscar, “El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino”, pub. en “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo”, Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014