



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

“LIZARDE CRISTIAN LEONARDO C/ SWISS MEDICAL GROUP ART S.A. S/
ACCIDENTE- LEY ESPECIAL”

EXPTE. N° 28.260/2019

JUZGADO N° 14

DICTAMEN N°: 55.264

Señora Juez:

Vienen las presentes actuaciones a este Ministerio Público Fiscal, a fin de que emita opinión en los términos del decreto de fs.39.

El planteo de origen, trata sobre un reclamo contra una aseguradora de riesgos del trabajo domiciliada en esta ciudad, que procura el cobro de las prestaciones contempladas en la leyes 24.557 y 26.773, por un supuesto accidente/enfermedad ocurrido el 27 de marzo de 2017. A su vez, planteó la inconstitucionalidad de la ley 27348 a fs.9 apartado VI.

Sin perjuicio de lo dicho por mí en otros casos análogos al presente, en que sostuve la aplicabilidad de la ley 27.348, un nuevo análisis de la cuestión, me lleva a proponer en la ocasión y por los fundamentos que luego desarrollaré, la aptitud jurisdiccional de esta Justicia Nacional del Trabajo para entender en el presente litigio, en tanto interpreto que el planteo de inconstitucionalidad incoado a fs.9 y siguientes respecto de la ley 27.348 debería tener recepción favorable, en ese sentido cabe puntualizar que la instancia judicial en la presente litis resulta hábil.

Ello es así a la luz de considerar:

- a) que una ley no puede ser dictada sino por **razones de bien común**, elemento este integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;
- b) que el juego que se da entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, no puede implicar, en una sociedad democrática, un juego de suma cero en **detrimento de un grupo vulnerable** como son los trabajadores;
- c) que la naturaleza de los derechos afectados en causas como la presente, que involucran la **vida y la salud** de los trabajadores, obliga a las autoridades públicas a imponer la **protección** emergente del artículo 14 bis CN;
- d) la finalidad del paradigma de los **derechos humanos** vigente desde la reforma constitucional de 1994 (arts. 75 inc. 22 y 43 de la CN),
- e) la particular relevancia que en este nuevo orden adquieren principios constitucionales centrales como: el **debido proceso –juez natural-, razonabilidad, pro homine, progresividad y justicia social.**

Desarrollo histórico:

Cabe recordar, que enmascarada en la supuesta industria del juicio, nació la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, la cual, pese a ciertos objetivos plausibles como la

búsqueda de una reducción de las enfermedades y accidentes de trabajo a partir de la prevención, hasta la mirada posterior al hecho que hace a la reinserción laboral; introdujo, en rigor, un régimen más favorable hacia los empleadores y a la imposición de las políticas liberales de mercado, y poco respetuoso del sistema protectorio constitucional que presupone una desigualdad de base en las relaciones laborales (arts. 14bis y 75 inc. 22).

Con relación al procedimiento de determinación administrativa de secuelas incapacitantes como consecuencia de accidentes laborales y enfermedades profesionales, la originaria ley 24.557 lo fijó de manera obligatoria para el o la trabajador/a damnificado/a en el que concurría la aseguradora de riesgos del trabajo involucrada y a cuyo cargo estarían las eventuales prestaciones dinerarias, eximiéndose al empleador, salvo dolo o auto-seguro, de la posibilidad de acción judicial a su respecto con fundamento en otros regímenes indemnizatorios.

Las objeciones jurisprudenciales al sistema reparatorio especial impulsaron al legislador a la sanción de la ley 26.773 que, si bien mantuvo el procedimiento obligatorio administrativo con la aseguradora, permitió reclamarle al empleador bajo la órbita de otros sistemas de responsabilidad, pero se estableció la “opción excluyente” para el/la trabajador/a, de modo tal que la elección por uno de ellos importa la renuncia de los restantes.

Sin embargo, el damnificado solo podría realizar la llamada “opción excluyente” luego de determinado el grado de incapacidad permanente y la admisión del nexo causal de la patología con las tareas efectivamente realizadas por el trabajador.

No obstante ello, la litigiosidad producto del incumplimiento de los deberes de prevención y de la alta insatisfacción de los operadores del sistema, siguió en crecimiento, con lo cual se dictó la ley 27.348 (B.O. del 24/2/2017) que motiva la presente vista.

Esta norma, como es sabido, establece que las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por la ley 24241 y sus modificatorias, **constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención**, para que el/la trabajador/a afectado/a, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la LRT. Además dispone, que la resolución que emita la CM, agotará la instancia administrativa (art 1 2º párrafo in fine), previéndose, además una vía recursiva judicial ante los tribunales laborales del domicilio de la comisión médica que intervino (conf. arts. 1º y 2º).

Pese a haberse omitido toda justificación sustancial y concreta, para sustentar la referida instancia obligatoria en el Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley N° 130/2016 del Poder Ejecutivo a la Cámara de Senadores -hoy Ley 27348-; se señaló allí que las falencias de la ley 24557 en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 46, inciso 1º) de la Ley 24557 radicaban en que:

a) No contenía una clara y justificada definición de la naturaleza federal del sistema de riesgos de trabajo;



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

b) Tampoco contó con la indispensable adhesión de las provincias, cediendo las competencias necesarias a tal finalidad.

Así la ley complementaria de la LRT, introdujo distintas circunstancias tendientes a atender las objeciones constitucionales –o, al menos, algunas de ellas– que se formularan respecto del mecanismo de acceso a las prestaciones del sistema en las sentencias de la Corte Suprema “Castillo Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.” (13/09/2004), “Marchetti, Néstor Gabriel c/ La Caja ART S.A.” (04/12/2007) y “Venialgo Inocencio c/ Mapfre Aconcagua A.R.T.” (13/03/2007). Aquéllas, fundamentalmente, se relacionan con establecer la revisión de lo decidido por las comisiones médicas en el ámbito de los tribunales especializados en competencia laboral de las jurisdicciones locales (con prescindencia de los organismos federales a los que aludía el art. 46 LRT); y la adhesión al sistema por parte de los Estados locales (las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), con la consecuente delegación de competencias.

Habilidad de instancia:

A fin de evacuar integralmente la vista conferida, entiendo que resulta aplicable la doctrina sustentada por el más alto Tribunal de la Nación, en el sentido de acudir al principio “iura novit curia”, prescindiendo del “nomen iuris” utilizado por las partes, atendiendo a la real sustancia de sus peticiones (Conforme CSJN, Ferrari de Gordis, Golinda c/ CNPIC y AC s/ Ejecución Previsional”, SC Com. 286 L, XXIII, “ Foti, Virgilio Fluvio C/ CNPIC Y AC, Sentencia del 04/05/93).

Por más que se discuta la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, en sentido estricto, lo que se cuestiona es la habilitación de la instancia judicial, que posibilite considerar que la pretensión de autos sea viable de transitar por el carril jurisdiccional.

Es decir que en casos como estos no se cuestiona la competencia de la judicatura interviniente, atribuyéndosela a otro tribunal, sino la habilitación de instancia de manera directa.

Se discute si la vía administrativa resulta adecuada, en consecuencia no discute que la competencia deba recaer en otro fuero. Frente a ello, estamos en presencia de conflictos de habilidad de instancia y no de incompetencia.

Debe tenerse presente que el/la juez/a tiene la facultad y el deber de resolver los conflictos traídos a su conocimiento según las normas vigentes, pudiendo calificar autónomamente la realidad fáctica y ponderarla de acuerdo ordenamiento jurídico aplicable con independencia de las disposiciones en las que se hayan fundado las partes, rotulando sus acciones y defensas.

De acuerdo a ese temperamento, es dable afirmar que tales premisas no se contraponen con el principio de congruencia -amparado por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional- ya que la calificación jurídica del tema de decisión es una tarea plenamente autónoma, pudiendo suplir el derecho silenciado o prescindir del encuadre normativo erróneo.

Es dable aclarar que, este principio sólo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, pero no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo peticionado por las partes. Por lo tanto, los jueces deben, en primer término, tener en cuenta las pretensiones deducidas en el juicio y una vez determinada la realidad de los hechos, calificarlos según corresponda por ley.

Toda vez que, una correcta evacuación de la vista conferida, requiere poder alcanzar la verdad jurídica en torno a los extremos invocados por las partes y al tema de decisión, soy de la opinión que, el magistrado a cargo debería hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias conferidas en el art. 36 inc. 4) del CPCCN, a la luz del principio desarrollado.

La judicatura protectora como punto de partida en el campo de los derechos sociales:

Resulta saludable que nos preguntemos cual es el punto de partida para desarrollar la materia traída a vista, ante casos en que las y los trabajadores ven conculcados sus derechos. Es decir qué corresponde que nos preguntemos desde donde hay que analizar la virtualidad de la habilitación de la instancia judicial.

Las cuestiones procesales, son meros instrumentos que deben servir a la cuestión de fondo. Esto implica que no corresponde desvincular la función de las disposiciones procesales en relación a las sustanciales, ya que las normas adjetivas al regir el carril por donde atraviesan los planteos jurídicos de carácter social, debiendo ser interpretadas desde los principios que esta jurisdicción funcione con una visión protectora y de acompañamiento.

Al memorar que la jurisprudencia dominante ha receptado la aplicación del principio protectorio en el campo de los derechos sociales, junto a otros de igual relevancia, que fueron receptados por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, recordando algunos fallos como , los casos “Vizzoti”, “Castillo”, “Aquino” y “Milone” de 2004 (fallos 327: 4607,4617) en los que se declararon las inconstitucionalidades de los artículos 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y 46, 39 y 15 de la ley de Riesgos de Trabajo. También cabe recordar los fallos previsionales “Izcovich, “Mabel c/anses”, “Sánchez, María del Carmen c/anses” de 2005, y “Badaro, Adolfo Valentín c/anses”, 98/08/06, en los que el máximo cuerpo judicial ha manifestado un octeto de los principios jurídicos a modo de complejo de directivas que en parte, rescatan alguno antiguos principios, pero que en otros, dan un giro a varios criterios del Alto Tribunal.

En esos decisorios con mayor o menor desarrollo, se abarcan los principios de protección, estabilidad o continuidad, justicia social, progresividad, pro homine, favorabilidad, reparación integral, y supremacía constitucional en la negociación colectiva.

El principio protectorio juega un rol central en el campo del derecho del trabajo. Si bien este alcance es aceptado universalmente, la CSJN realizó en “Aquino” una referencia a la positividad del principio más duro y orientador del derecho del trabajo otorgándole el de premisa de los restantes enunciados del art. 14 bis. El fallo “Madorrán” con remisiones a



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

“Milone” y “Aquino”, efectúa una referencia especial acerca del constitucionalismo social que se construyó en el artículo 14 bis de 1957.

El principio protector que se enuncia en la primera parte del artículo “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...” desde allí en la cúspide del ordenamiento jurídico positivo, según la terminología del cuerpo, se sentaron derechos “inviolables”. Ello tal cual explica el Dr. César Arese en su artículo “Principiología laboral de la Nueva Corte Suprema” (cfr. Revista de Derecho Laboral actualidad 2008-2 Ed. Rubiznal Culzoni).

En la actualidad es técnicamente correcto hablar de “jurisdicción protectora” sobre derechos “sensibles”, jurisdicción “dirimente” sobre “derechos patrimoniales”, jurisdicción “punitiva” sobre conductas penalmente reprochables, etc.

La Justicia Nacional del Trabajo debe invertirse en el modelo de jurisdicción denominada “protectora” -Adolfo A. Rivas, Roberto O. Berizonce- de “acompañamiento”- Augusto Morello- o “proteccional” (otros autores), la cual exhibe un nítido anclaje convencional y constitucional que impone consagrar en los ordenamientos jurídicos internos de los países que integran la comunidad internacional, tutelas procesales diferenciadas o preferentes de pretensiones, derechos o situaciones del mismo linaje, consideradas “sensibles” y - por lo mismo - menesterosos - al decir de Berizonce – de una protección particularizada por mandato constitucional y convencional (Conf. Herrero, Luis René, ob.cit.).

Resulta imperante remarcar el rol del Juez/a Laboral, pues como director del proceso siempre debe tener presente que su actividad se enmarca en una jurisdicción protectora, propia del plexo de derechos que se ventilan y que deben tutelarse.

La actitud de acompañamiento a los sectores más débiles debe remitirse desde el momento en que la judicatura analiza si debe o no asumir la competencia, o como en este caso la habilitación de instancia judicial.

En el ejercicio de la jurisdicción dirimente (p.ej. civil patrimonial, comercial, contencioso administrativa, etc.) el magistrado se limita a resolver un conflicto común, en el cual se enfrentan sujetos teóricamente iguales que no precisan tutela especial, con formas procesales generales en el marco de los procesos de conocimiento en sus distintas modalidades, donde la solución dirimente permite la consideración de los conflictos de toda índole con objetivos no solo restitutorios del derecho, sino también compensatorios o indemnizatorios. Cuando el Juez practica jurisdicción protectora - aclara Rivas - se coloca en posición de protector o asegurador de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, abandona - aunque no totalmente – la clásica posición de imparcialidad, asumiendo dicha función casi siempre de puro derecho (p.ej. amparo, medidas cautelares, sentencias interdictales, medidas auto satisfactivas, sentencias anticipatorias, decisiones provisionales, etc.) (Conf. Conf. Herrero, Luis René, ob. Cit.)

Esta “jurisdicción protectora” se proyecta sobre conflictos entre sujetos desiguales o colocados en especiales situaciones en las que el orden jurídico impone brindar especial tutela. Se trata de una modalidad operatoria que motiva al juez/a a obrar con un sentido

tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico (Conf. Conf. , Herrero, Luis René ob.cit.)

Cuando el juez del fuero del Trabajo toma contacto con una pretensión cuya naturaleza exige una jurisdicción protectoria, de inmediato deberá orientar el proceso con tal prudencia que no surja posible de frustración al derecho del peticionante en razón de los excesivos rigores formales, pues el Magistrado no puede olvidar que la persona que acude a él procura restablecer alguna situación disvaliosa, como ser ruptura de la relación laboral, falta de registro o fraude del empleador.

En suma la “jurisdicción protectora” para el juez, demanda tamizar todos los institutos, figuras jurídicas, reglas y principios, rituales que le proporciona el derecho procesal para no descaminar su cometido constitucional de proteger los derechos sensibles que tiene el deber de satisfacer y tutelar durante el curso del proceso y en la sentencia definitiva.

La judicatura del fuero laboral no debe perder de vista la fidelidad al cometido constitucional de un derecho de imparcialidad.

Ello sin dejar de lado que dirige un proceso con asimetrías y desigualdades de las partes. El juez del Trabajo es la parte activa en el proceso, no mero espectador pasivo frente a los hechos y actos jurídicos enderezados por las partes.

La atribución de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos:

Siempre que medie un conflicto entre particulares, la intervención de un órgano judicial es constitucionalmente ineludible. Así lo imponen los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional. El primero, porque la garantía de la defensa en un juicio supone, básicamente, que todos los habitantes tienen, en situaciones como las señaladas, el derecho de ocurrir ante algún **órgano judicial** a fin de obtener el amparo de los derechos que estimen amenazados o lesionados (CSJN 247:646 y otros). El segundo, porque al prohibir al presidente de la República ejercer funciones judiciales, descarta el poder de dicho funcionario, e implícitamente, el de los funcionarios y organismos administrativos, en el sentido de conocer y decidir el mencionado genero de conflictos. Tal es, por lo demás, la doctrina establecida por La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes (Fallos 249-228; 250-472; 253-485; 255-354; 257-136, entre otros) (Conf. Palacio Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil Décimo Séptima edición actualizada 2003, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Pags. 86-87).

Desde la judicatura, la Corte Federal, en consonancia con una perspectiva moderna que postula un criterio flexible en la interpretación de las funciones del Estado, a fin de garantizar su dinamismo frente a las demandas sociales; ha admitido en los últimos años en su jurisprudencia la existencia de tribunales administrativos.

Así, la defensa de la constitucionalidad de la Comisiones Médicas se fundamentó en los considerandos vertidos en la sentencia de fecha 5 de Abril de 2005 dictada en autos “**Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos**”, que estableció las



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

condiciones de legitimidad en que organismos administrativos podrían emitir pronunciamientos válidos de naturaleza judicial a saber: que hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas, que el objetivo político y económico tenido en cuenta por el legislador para crearlos -y así restringir la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria-, haya sido razonable, y además, fundamentalmente, que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

A lo que cabe agregar, que la Fiscalía General del Trabajo en Dictamen FGT N° 72.879, del 12/07/2017, en autos *“Burghi, Florencia Victoria c/Swiss Medical ART S.A. Acc. Ley Especial”*, Expte. 37907/2017 sostuvo que la *“...modificación al paradigma de la jurisdicción primaria ha sido descripta con precisión por el Alto Tribunal en el considerando 13) de la Sentencia dictada el 5 de abril del 2005 en autos “Ángel Estrada y Cía. S.A...”, pero cabe destacar con singular énfasis que el cambio de marras, generado en las transformaciones fácticas, no implica un abandono del principio constitucional básico y, obviamente, solo puede concebirse como válido si no conlleva una elíptica transgresión de lo dispuesto por los arts.109 y 116 de la Constitución Nacional.”*

De acuerdo a estos lineamientos, y habiendo efectuado un cotejo y análisis del marco normativo estatuido por la ley 27348 –y su reglamentación-, llego a la conclusión que la delegación de facultades jurisdiccionales a organismos federales como son las comisiones médicas no reunirían las condiciones establecidas por el Máximo Tribunal de la Nación en la causa *“Ángel Estrada y Cía. S.A.”*, para ser considerada constitucionalmente válida estrictamente, ni asegura la plena operatividad de la tutela judicial efectiva y la garantía de defensa, con grave afectación al art. 14 bis de la CN que prescribe al legislador que *“el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”*.

La organización constitucional del Estado Argentino ha consagrado que *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”* (art. 116 CN). A la vez, ha sentado como regla que *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”* (art. 109 CN).

Esta prohibición, de que el presidente ejerza funciones jurisdiccionales –aún durante el estado de sitio (conf. arts. 1, 23 y 29 de la Carta Magna)- es consecuencia de la división de poderes y de la garantía de juez natural; aunque hoy por hoy, como ha quedado expuesto, es ya jurisprudencia clásica de la Corte Suprema el reconocimiento de funciones

jurisdiccionales a tribunales administrativos con la posibilidad de que exista revisión judicial.

Esta expresión doctrinaria fue desarrollada especialmente por la Corte en la causa “Fernández Arias c/ Poggio” en 1960; y tras ella, resulta importante señalar, se advierte una serie jurisprudencial de tendencia judicialista que ha señalado, como condición, para la habilitación de tales potestades, que no debería tratarse de controversias entre particulares regidas por el derecho común y que la revisión del caso fuera con amplio debate (conf. CSJN fallos “Perelli de Mercatalli”, “López de Reyes” y “Ángel Estrada y Cía S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos”).

Ahora bien, en este último fallo el Alto Tribunal dijo que “...no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente...” (considerando n° 15) y que “...los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional e importaría...un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación...” (considerando n° 14).

Entiendo que ninguno de tales recaudos se cumple en la materia que nos ocupa frente a la Ley 27.348. Es que la Corte en el caso “Castillo Ángel c/ Cerámica Alberdi” - que confirmó la resolución de la Alzada que mantuvo la de primera instancia en cuanto había declarado la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1, de la ley 24.557-, se pronunció que en casos como el de autos estamos ante conflictos regidos por el derecho común y entre personas de derecho privado; y que la revisión final, en el diseño legal, no permitía amplitud de debate y prueba.

Este criterio, se vio reforzado al fallar el mismo tribunal en el referido precedente “Estrada”, en que consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional, ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN), por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18 CN).

No puedo dejar de resaltar la fuerte incidencia que, sobre el tópico bajo examen, ejerce el precedente “Obregón, Francisco c/ Liberty ART”, del 17 de Abril de 2012, ya que no ha sido tratado en los considerandos del proyecto transformado en ley, ni tampoco en la resolución reglamentaria, en cuanto en dicho caso, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo con énfasis: “Que la solución del litigio en los términos indicados importó, asimismo, una inequívoca desatención de la doctrina constitucional afirmada por esta Corte en “Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.”.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Si bien ese precedente no se pronunció sobre la validez intrínseca del varias veces mentado trámite, fue del todo explícito en cuanto a que la materia es competencia ordinaria del fuero laboral y que la habilitación de los estrados provinciales a que su aplicación dé lugar no puede quedar condicionada o supeditada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante “organismos de orden federal”, como lo son las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT (“Castillo”).

Dicho reproche del máximo tribunal, a pesar de que la Corte dijo ser lo suficientemente explícita al tratar el tema, fue absolutamente ignorado por los legisladores de la ley 23.748.

En conclusión un tribunal administrativo es constitucional si abarca reclamos administrativos, que provienen de funciones administrativas; de conflictos entre el Estado y un particular, y no entre particulares. Con lo cual no existe una sustracción del juez natural conforme al artículo 18 y 109 de la Constitución Nacional. Por ende no se trata de casos análogos.

En ese sentido, en el fallo Herrera de la Sala III de la CNTRAB la Dra. Cañal observa con preocupación, que tanto la doctrina especializada, cuanto el Ministerio Público y la Jurisprudencia, se remiten a precedentes de otros países, en especial de EEUU, sin formular distinciones y extrapolan conceptos, como el de la agencia administrativa y el rol de los principios, sin contemplar que su modelo jurídico es diferente al nuestro.

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

En esa línea destaco que en el fallo “Gallardo Gabriela Elizabeth c/ Prevención Art SA s/accidente – Ley Especial”, de la Sala IX, allí el Juez Pompa hace una clara explicación sobre cuáles son las circunstancias que permitirían la intervención de un órgano administrativo y señala que las facultades jurisdiccionales sólo puede ser admitida, en el diseño de la Constitución Nacional, en **circunstancias excepcionales** para no violentar el derecho fundamental consagrado a nivel constitucional, como de los tratados internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas de acceso a la justicia, en la medida que exista un **interés público** que permita desplazar al menos temporalmente la actuación del órgano judicial como poder encargado de resolver las controversias sobre las que deba intervenir y decidir y en la medida que exista un remedio judicial de revisión que pueda ser considerado suficiente.

En el caso de las comisiones médicas, no existe un interés público que habilite la excepción, sino más bien se trata de políticas tendientes a responder a un gran número de litigios que son producto de la ausencia en materia de prevención y fiscalización por parte del Estado, entre otras razones.

La respuesta adecuada a esta situación sería destinar mayores recursos e inversión al Poder Judicial jurisdiccional en lugar de crear sistemas paralelos. “El análisis económico del derecho constituye el sustento ideológico de toda propuesta que pretende solucionar la crisis del sistema judicial a través de la incorporación de los mecanismos de funcionamiento de las empresas privadas en una economía de mercado en una suerte de soft law, desjerarquizando el carácter institucional inherente al poder judicial, al que no solo intenta desestabilizar sino incluso reemplazar por instancias privadas o administrativas de solución de conflictos, carentes de los factores y mecanismos de compensación que tiendan a la protección de la parte más débil de la relación.” (Gallardo Gabriela Elizabeth c/ Previsión Art SA s/accidente – Ley Especial”, de la Sala IX, 21/06/2018)

Al respecto, Elias Guastavino ha expresado: “Si, como tantas veces ha sido aconsejado por la doctrina, se optase por dimensionar de nuevo la actual extensión de la jurisdicción primaria administrativa mediante reformas sustanciales a la legislación, la directiva esencial a recorrer sería dotar técnica y materialmente al poder judicial de los medios para que retome desde su origen y completitud las funciones que constitucionalmente le incumben en todas las materias posibles” (*Conforme Guastavino Elias, P, “Tendencias de la jurisdicción primaria administrativa”. Ed 124-739 y sgtes. ver asimismo. Tratado de la Jurisdicción Administrativa*).

“ Una cosa es que la Administración Pública controle la legalidad de los actos dictados por los órganos inferiores del Poder Ejecutivo, y trate al mismo tiempo de “juridizar” el procedimiento y otra muy distinta que resuelva conflictos inter subjetivos sobre materias del derecho común, por más que contra sus decisiones se pueda recurrir ante los tribunales judiciales. Lo primero puede ser constitucional, lo segundo nunca” (Martínez Medrano, Gabriel. Inconstitucionalidad de una comisión administrativa para resolver conflictos entre particulares de derecho común, publicado 09/08/17, en La Revisión Judicial de la actividad administrativa de Luqui Roberto Enrique, Astrea, 2005 ISSN 950:508-701-2.)

La aplicación del sistema de DDHH y sus principios:

Cabe acotar además, que a partir de la reforma constitucional de 1994, el constituyente revisor, al asignar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, amplió el catálogo de los derechos fundamentales (Art. 75, inc. 22); y al ratificar mediante la Ley 24.658 el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador-, nuestro país reafirmó el principio de progresividad en la efectiva aplicación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

En este orden, adquieren –como dije- particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social (*pro justicia socialis*) de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, (*pro homine*) de progresividad de los derechos y de no regresividad (Confr. Art. 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Arts. 26, 29, inc. b-; Pacto Internacional de Derechos



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Económicos, Sociales y Culturales -Art. 2.1, 5.2, 51-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 5.2).

En este sentido, corresponde señalar que el máximo tribunal nacional ha precisado en su jurisprudencia que la protección de los trabajadores en nuestro derecho tiene lugar a través principios que gozan de garantía constitucional; tales como la tutela constitucional que protege al trabajador, la justicia social, el principio de progresividad y el *principio pro homine*. Veamos.

Para la Corte, el trabajador es sujeto de “preferente tutela constitucional” (conf. fallos “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, 21-09-2004; “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”, 14-09/2004 y “Kuray, David Lionel s/recurso extraordinario”, 30-12/2014), gozando de la “protección especial” del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los derechos sociales del trabajador (artículo 2.a), la cual ampara a los trabajadores “*de toda clase*” y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (conf. CSJN “Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA s/ cobro de pesos”, 10-08-2010).

Explica también en “Vizzoti” 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).*”

En tanto que en “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, 03-05-2007, ha dicho que la justicia social, cuyo significado es “*la justicia en su más alta expresión*”, no tiene otro norte que alcanzar el “*bienestar*”, esto es, “*las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad*”.

Es una derivación directa de la Constitución histórica, pues el Preámbulo proclama el aseguramiento del “bienestar general” (CSJN “Berçaitz, Miguel Angel”, 13-09-1974); se ha visto reafirmada y reforzada por las reformas, de 1957, al recoger las tendencias del llamado constitucionalismo social, y de 1994, para la cual lo que cuenta es el “*desarrollo humano*” y el “*progreso económico con justicia social*” (art. 75 inc. 19 de la CN).

En definitiva, existe un compromiso y una responsabilidad social de la justicia en cumplimentar tales objetivos y en desarrollar acciones que prevengan, eviten o hagan cesar determinados daños o circunstancias disvaliosas, lo que emerge de la propia Constitución (ver Preámbulo y arts. 14, 28, 33 entre otros). Todo lo cual se exhibe con mayor contundencia en materia de justicia de protección, como es el ámbito laboral, en donde a

toda costa debe impedirse que las exigencias formales frustren el derecho sustancial. (*conf. Morello, "El proceso justo", p. 575 y sgts.*).

Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por encontrarse intrínsecamente ligados al concepto de desarrollo progresivo. Esto supone que el goce pleno de esta clase de derechos se va a lograr de manera paulatina a medida que los Estados dispongan de los recursos necesarios para garantizar el goce de esta clase de derechos.

Así el artículo 26 de la CADH impone a los Estados la obligación de derecho progresivo en el sentido que los Estados se comprometen a adoptar disposiciones de derecho interno o mediante cooperación internacional para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Obligación que se ve reflejada y ampliada en los artículos 1 a 5 del Protocolo de San Salvador que en lo esencial refleja los artículos 2 y 3 del PIDESC.

En tal sentido la Corte Federal ha sostenido en “Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 07-12-2010 que “...*el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit., p. 2004). Y esta pauta 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 (Madorrán, cit., p. 2004). Ya el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, "concordante con la doctrina universal": el "principio de favorabilidad" (Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27).*” (considerando n° 6)

Asimismo, no puedo dejar de resaltar la tesis sentada por la Corte en el caso “A.T.E. c/ Municipalidad de Salta s/ acción de inconstitucionalidad”, 18-06-2013, sustanciado con motivo de una quita salarial; de los considerando vertidos por aquélla en el fallo allí dictado puede concluirse, en lo que aquí interesa, que el principio de progresividad impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo -o sea ir para atrás en materia de derechos-, requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos provistos.

Respecto del mentado principio *pro homine* o *principio pro persona*, constituye una regla de interpretación en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiene por objetivo privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano (*Henderson, H. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Enero/Junio de 2004), pag. 87).*



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En este sentido la CSJN en el precitado Fallo “Madorrán” señaló que “...*el tercer motivo reside en un principio que ‘informa todo el derecho de los derechos humanos y resulta ‘connatural’ con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*”; habiendo esgrimido además en el mencionado Fallo “A.T.E.”, que es un principio de hermenéutica jurídica que denota dos principales manifestaciones; la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías y, en segundo lugar, la que remite a un enfoque restrictivo, “...*si de lo que se trata es de medir limitaciones a los derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas. 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. Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten*”. (considerando n° 10).

Inconstitucionalidad del carácter previo y obligatorio

Llegados a este punto del análisis, puede apreciarse sin duda que los conflictos que subyacen en causas como la presente no podrían ser competencia de tribunales administrativos, y mucho menos de carácter obligatorio.

La naturaleza patrimonial de la controversia –inherente al derecho común-, y la ubicación predominante que ocupa la protección de los trabajadores en el orden de prelación normativa, por ser un sujeto de preferente tutela protegido por el artículo 14 bis y el 75 inc. 22 CN, obstan sustraer de la jurisdicción judicial, las acciones iniciadas por trabajadores que vieron mermada su capacidad a consecuencia de daños sufridos por el hecho o en ocasión de sus tareas, máxime si se repara que el referido mensaje de elevación de esta ley habla de litigiosidad (“...*la proliferación de litigios individuales que ponen en riesgo la finalidad de la ley 24.557...*”) y no de siniestralidad, por lo que no existe justificación suficiente para delegar en organismos administrativos el tratamiento de estas controversias.

Si lo que se pretende es disminuir la litigiosidad en materia de infortunios laborales, no es necesario menoscabar el derecho de los trabajadores al reclamo de sus créditos ante el fuero especializado -los tribunales del trabajo-, sino prevenir los accidentes y enfermedades profesionales.

Asimismo, el procedimiento administrativo obligatorio instituido por los artículos 1, 2, 3, 4, 14 y 15 de la ley 27348 tiende a suprimir la tutela constitucional que protege a los trabajadores, los principios de razonabilidad, justicia social, progresividad y pro homine – entre otros, vrg: de reparación integral, solidaridad, de universalidad, de integridad, igualdad, no discriminación y de igualdad ante la ley-.

La “prohibición” de acudir a los estrados judiciales por la precitada norma adjetiva de rango inferior, deviene conculcadora de los artículos 16, 18 y concordantes de la Constitución Nacional, del Bloque Normativo Constitucional, y de los tratados internacionales de derechos humanos, como lo son a modo de ejemplo; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts.

2.1 y 26; el PIDESC, arts. 2º y 3º, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24 o que llevó al Máximo Tribunal a resolver en “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA” (Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 -2010), que “los mentados principios han alcanzado la preeminente categoría de ius cogens, según lo ha esclarecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párrs. 97/101 y 110), lo cual acentúa, para el Estado, la "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato" de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 18. El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de "proteger" los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (idem, párr. 22)” en tanto impone a los trabajadores, que no pierden por esa situación su condición previa de ciudadanos, recaudos que no son impuestos a los demás sujetos”

Corolario de lo expuesto, es que en la instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente no se cumplen las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, resultando inconstitucional exigir al trabajador que la transite como paso previo al reclamo por ante el juez natural.

Afectación a la garantía de Juez Natural

A propósito de esto último, ubicándonos en el tiempo, puede encontrarse que la primera oportunidad en que la Corte Suprema se ocupó de dicha garantía constitucional del art. 18 de la Constitución Nacional fue en el año 1875, en la causa “Ermenegildo Jaramillo c/Severo Chumbita” (fallo 17-22), empleado allí la designación “*jueces naturales*”. Nos señala al respecto Bianchi que el análisis del fallo arroja sobre el tópico dos notas importantes; por un lado la permanencia de tales jueces como contrapartida de los accidentales o de circunstancias y la “naturalidad” aludiendo con ella al juez común, al juez que normalmente debe fallar, en este caso concreto y en cualquier otro que se someta con características similares (*conf. “Control de Constitucionalidad: El proceso y la jurisdicción constitucionales”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma*).

Esta última cuestión remite así a un magistrado que según el juego común (natural) de las instituciones esta investido de *jurisdicción y competencia* para decidir, y que además debe necesariamente poseer otras características que lo tipifican, como no reconocer un nombramiento irregular, no haber excedido los límites de su jurisdicción, inamovilidad e independencia; entre otras.

La delicada tarea de juzgar, como bien lo refiere Boffi Boggero en su disidencia al precitado caso “López de Reyes”, ha sido encomendada por la Constitución en forma esencial al Poder Judicial; luego, si el Poder Legislativo no puede delegar en forma total sus funciones propias, menos aún puede obrar como lo hace con la norma adjetiva en crisis – ley 27.348-, esto es, encomendando al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones que por su



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

naturaleza y expreso mandato constitucional le pertenecen al Poder Judicial (conf. 109 y 116 CN y doctrina de del Fallo “Estrada”).

Ello así, no caben dudas que frente a demandas como la de autos, en que los trabajadores persiguen, *con fundamento en el derecho común*, la reparación de daños ocasionados en su salud por el hecho o en ocasión de sus tareas, los médicos que integran las comisiones médicas no reúnen la idoneidad técnica para ser calificados jueces competentes, en los términos de nuestra Carta Magna y del art. 8 de la CADH que, constituye una norma que debe ser respetada y cumplida no sólo en los procedimientos judiciales, sino también en los administrativos (conf. Art. 75, inc. 22 de la CN).

Además, estos funcionarios integrantes de las Comisiones Médicas no gozan de estabilidad propia e independencia, como los integrantes del poder judicial. A diferencia de los miembros de otros órganos administrativos, con facultades jurisdiccionales, los galenos de Comisiones Médicas están sujetos al despido libre con pago de indemnización en caso de rebelarse a las instrucciones de su empleador: la SRT.

Pese a su condición evidente de empleados públicos algunos con mucha antigüedad no gozan de estabilidad que el artículo 14 bis reconoce a los agentes públicos, *conspirando contra su independencia e imparcialidad* (conf. “El artículo 1 de la Ley 27348 no cumple los requisitos de constitucionalidad previstos en el fallo ‘Ángel Estrada’ de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Laboral online*, por Horacio Schick, 09/03/2018).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, siguiendo a la Corte Europea, arroja sobre el punto que el tribunal también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima respecto de su actuación en la resolución del litigio; y huelga decir, que la CSJN en el caso “Ángel de Estrada” planteó que toda atribución jurisdiccional que se cree a favor de un organismo debe respetar los parámetros de razonabilidad, independencia e imparcialidad y sujeto a control jurisdiccional amplio, que no se ve en este sistema.

Véase que conforme res. 1105/2010 los gastos que demande el funcionamiento de las Comisiones Médicas -y la O.H y V.- **son financiados en un porcentaje por las aseguradoras de riesgos del trabajo** - y en parte por la ANSES y empleadores autoasegurados-; es decir, los médicos deben resolver cuestiones jurídicas derivadas de los accidentes y enfermedades del trabajo en procesos administrativos en los cuales son parte aquellas entidades privadas, que a la vez aportan parte de los fondos que financian el funcionamiento de las comisiones médicas.

En este marco, la dependencia económica precitada constituye un dato insoslayable que puede causar objetivamente a los trabajadores y derechohabientes, que transitan este peculiar procedimiento, temores legítimos de que los profesionales integrantes de las comisiones médicas no abordarán los casos con la imparcialidad exigida por la garantía pertinente, lo que conlleva -por este nuevo motivo- la descalificación constitucional del sistema.

Antecedentes en el Fuero Nacional del Trabajo:

A su vez, esta postura no es novedosa, pues ya distinguidas voces del Fuero Laboral se han expedido en este sentido, en su caso los Dres. Brunengo y Ferreirós in re “Mercado Héctor Gabriel c/ Galeno ART S.A. s/accidente – ley especial”, Causa n° 35.535/2017, SALA VII, 02/10/2017 han expresado:

“El diseño instaurado a partir de las modificaciones impuestas a la Ley de Riesgos del Trabajo, consistentes en un procedimiento administrativo con facultades jurisdiccionales, de carácter previo, obligatorio y excluyente, no brinda las garantías del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional), tanto más que no le permite al trabajador enfermo o accidentado replantear los hechos ni ofrecer pruebas, sino solamente discutir lo actuado en aquella sede.

Entiendo que al otorgarse facultades jurisdiccionales a las Comisiones Médicas, se demora innecesariamente el acceso rápido y pleno a la justicia, dejando al arbitrio de los médicos decisiones tales como determinar si un accidente o una enfermedad puede encuadrarse en las previsiones del art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo, esto es, si puede ser considerado como una contingencia cubierta o no por el dispositivo legal, cuando tal calificación solo puede ser establecida por el Juez de la causa, luego del análisis de los hechos y el derecho que las partes invocan, cuestión que no puede quedar en mano de galenos.

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

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

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



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

La Corte Interamericana por su parte tiene dicho que “...constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura, que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Caso “Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo. Reparaciones y Costas”, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C Nro. 119, párr.143). Recordemos el antiguo proverbio latino “Pacta quae contra leges, constitutiones que vel bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuri est.” Lo hasta aquí expuesto me permite establecer que en virtud del estado de vigencia de los tratados, el alcance interpretativo de éstos según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, por imperio de los principios pro homine y de progresividad, al perderse el Juez natural con su especial versación y en el marco de un proceso específico determinado para la disciplina como es la Ley Orgánica, se produce la violación del debido proceso, que no se preserva porque se establezca una mera revisión vía recursiva, pues el proceso en sí, se deja en manos de profesionales de la medicina, en un régimen que el entonces Fiscal General Dr. Eduardo Álvarez calificó como algo parco y barroco –en la causa “Burghi” y que se encuentra reglamentado en parte por el Superintendente de Riesgos del Trabajo, con la posible laguna acerca del proceso judicial concreto ulterior que el mencionado Sr. Fiscal –refirió esperar- que sea conjurada por los magistrados, lo que se encuentra en pugna con el mandato constitucional como he adelantado (art. 18 de la Constitución Nacional).

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

Así también, la Sala VI en el caso “Freytes Lucas Gabriel c/ Experta ART S.A. s/ accidente-ley especial”, 12/12/2017:

“Que en el citado precedente esta Sala -en mayoría-resolvió, en lo sustancial que interesa, que el art. 1 de la normativa en análisis afecta el principio del juez natural y el derecho de acceso a la justicia, al establecer la obligatoriedad de una instancia administrativa previa, constituida por la actuación de las comisiones médicas con facultades jurisdiccionales que exceden el marco de su competencia, restringiendo el derecho del trabajador de reclamar ante los Tribunales Judiciales, mediante el debido proceso y, por ello, declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de Ley 27.348, admitiéndose la aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en un accidente como el de marras.

Que, por tanto, corresponde revocar lo decidido en la instancia previa y, en su mérito, declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de Ley 27.348 y, en consecuencia, establecer que se encuentra habilitada la vía jurisdiccional. Sin costas ante la falta de controversia.”

En la misma línea de argumentación filosófica se encuentran los votos de los Dres. Pompa y Balestrini de la Sala IX in re “Gallardo Gabriela Elizabet c/ Prevencion art s.a s/ accidente- ley especial” Expte n°26022/2017, sent. 21/06/2018.

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

El primero se relaciona con la razón de ser del derecho del trabajo, producto de una larga lucha social y que implicó “el reconocimiento de la dignidad del trabajo y del hombre que trabaja para la obtención de la justicia social” (según el gran Maestro de nuestra disciplina, Doctor Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, T. I, La Ley, año 2000, p. 20), como aparece plasmado en los arts. 14 bis y 75.19 de la Constitución Nacional. No se discute que se han producido grandes cambios científicos, tecnológicos, económicos, culturales, sociales y políticos, y que, especialmente ha variado el rol del Estado que se debe constituir en garante de los derechos y propulsor del desarrollo y del progreso humano con justicia social.

El segundo tiene que ver con los principios que informan la materia del derecho del trabajo y que precisamente llevaron a su independencia del derecho común, a dotarlo de autonomía, como lo son, entre otros, el principio protectorio y el de la irrenunciabilidad de los derechos derivados del trabajo, “erigiendo al hombre que trabaja como sujeto de preferente tutela”, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA” (CSJN, 14/09/04)

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

(...)soy de la opinión que no se da en la especie un interés público especial que pueda justificar el apartamiento de los órganos propios del Poder Judicial para conocer y resolver las cuestiones litigiosas llamadas a resolver, en tanto las relaciones jurídicas que se enfrentan en algunas de las contingencias y prestaciones que se peticionan son extrañas a las razones que en alguna oportunidad pudieron admitir con carácter excepcional la actuación de los órganos administrativos jurisdiccionales...



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

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

(...)no resulta razonable sustraer las acciones incoadas por trabajadores afectados en su integridad psicofísica como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales de la competencia de sus jueces naturales, pues la índole de los derechos involucrados (garantizados especialmente por los Tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad impuesto por la enmienda del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) impone una justificación sustancial y concreta que respalde el tránsito previo y obligatorio de las comisiones médicas establecidas por el art. 1º de la ley 27.348, extremo que –en mi opinión- no surge de la finalidad de la ley expresada en el Mensaje de Elevación N° 130/16 del Poder Ejecutivo (vgr. revertir “...la proliferación de litigios individuales que ponen en riesgo la finalidad de la ley 24.557 y sus modificatorias para asegurar reparaciones suficientes...”).

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

Ausencia de control judicial real, amplio y suficiente:

No se me escapa además, que en el prieto diseño de la Ley 27.348 y su reglamentación (Res. 298/17) no existe posibilidad real de control amplio y suficiente. En su ámbito, el trámite administrativo que prevé es un escabroso terreno que no tiene capacidad para abarcar las múltiples cuestiones tocantes a los reclamos por daños laborales (como el valor de ingreso base mensual), y la faz judicial es una mera revisión encorsetada por la etapa anterior y que constriñe a las partes y a los jueces (cfme. Formaro, Juan en “Reformas al régimen de riesgos del trabajo”, Ed. Hammurabi, 2da. edición, 2017).

El trámite de marras, conlleva la producción de prueba teniendo la Comisión Médica la potestad de rechazar la misma por inoficiosa y se debe alegar sobre el bien

probado. Se agrega además, que la facultades de estos organismos no se circunscriben al establecimiento de cuestiones inherentes a la ciencia médica como lo es el grado y carácter de la incapacidad, sino que también involucran la potestad de expedirse sobre *extremos de neto tinte jurídico* como lo son la determinación de la naturaleza laboral del infortunio (nexo de causalidad) y los alcances de las prestaciones a otorgar al trabajador, tópicos estos cuyo análisis es del exclusivo resorte de los magistrados constitucionales (conf. arts. 108, 109 y 116 de la Constitución Nacional),

Se destaca en todo esto, que el procedimiento administrativo se lleva a cabo dentro del marco limitado de la Comisión Médica, pudiendo el trabajador apelar el dictamen ante ella dentro del plazo legal, en los términos de los artículos 2 y 14 de la ley 27348.

En este sentido, adviértase que el cuarto párrafo del artículo 2 de la ley 27.348 sólo admite recursos en relación, es decir, sin reedición en instancia judicial de medidas probatorias –además de no poderse alegar hechos nuevos-, lo cual **impide al Poder Judicial controlar con amplitud probatoria lo resuelto en instancia administrativa y a las partes ejercer el adecuado derecho de defensa en juicio** (artículos 18 y 109 Constitución Nacional).

A lo expuesto, se agrega el poco feliz efecto suspensivo con que el legislador de la ley 27.348 dotó al recurso del referido cuarto párrafo (contrario al dec. 717/96 que era devolutivo), salvo que lo realice la ART, que se concede con efecto devolutivo. Tal circunstancia coloca al trabajador frente a litigios de larga duración, importando a la vez una inadmisibles regresión respecto del régimen anterior, puesto que deja al dependiente con su incapacidad a cuesta y privado de su crédito laboral de naturaleza alimentaria, obligándolo por vía de la apremiante necesidad a llegar a un arreglo con la contraparte, aunque no sea satisfactorio.

Recordemos que uno de los componentes principales del acceso a la Justicia, es el ingreso directo a un tribunal competente mediante un recurso efectivo y rápido y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial (arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica).

La norma en crisis, a mí criterio, crea así un inadmisibles fuero de protección a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, al obstaculizar el acceso a la justicia a los trabajadores incapacitados por causas laborales, cuando por expresa manda constitucional (conf. art. 14; 14 bis y 75 inc. 22 CN), debería facilitarles su acceso a los tribunales del fuero del trabajo en aras a la efectivización de sus derechos vulnerados.

En este escenario, tal como ha quedado regulada la vía recursiva frente a los dictámenes de estos órganos administrativos, el patrocinio letrado no alcanza para cumplir con la garantía constitucional del debido proceso ni atenúa las tachas de inconstitucionalidad que merece el otorgamiento de desmesuradas facultades de carácter jurisdiccional a las comisiones médicas.

Finalmente, no puedo dejar de señalar que el diseño impuesto por la ley 27.348 extrañaría una flagrante violación al principio de igualdad previsto por el art. 16 de la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Constitución Nacional en perjuicio de los trabajadores; la cual se ve reflejada en dos sentidos, por un lado, en el marco del propio diseño donde la desigualdad acontece en virtud de que solamente se les concede la posibilidad de evitar la obligatoriedad de las comisiones médicas a los trabajadores que no se encuentran registrados -pero cuando la totalidad de los trabajadores del empleador esté en la misma situación (conf. art. 1 tercer párrafo ley 27348)-, y por otro lado, desde que no existe igualdad entre los trabajadores que sufren accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, y aquellas personas que padecen otro tipo de siniestros ajenos la relación laboral, puesto que éstos últimos –o sus derechohabientes- no se verán compelidos de transitar de manera previa, obligatoria y excluyente una instancia administrativa con las características del régimen impuesto por la ley 27348 para obtención de la satisfacción de sus derechos.

Esta circunstancia, ratifica aún más el hecho que ya señalara en párrafos anteriores, esto es, que el sistema de la ley 27348 crea un fuero de protección a favor de las ART – compañías de seguro de objeto único-, a la vez que entraña una discriminación peyorativa hacia el trabajador que ve menoscabado así su derecho al debido proceso. El acceso a la justicia, constituye un derecho humano fundamental consagrado en el bloque de constitucionalidad del cual nace el deber del estado de garantizar a toda persona que esté bajo su jurisdicción el “...libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos).

Por todo lo expuesto, considero que correspondería declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 14 y 15 de la ley 27.348, y consecuentemente habilitar esta instancia de reclamo judicial.

En estos términos, téngase por evacuada la vista conferida.

Fiscalía, 04 de febrero de 2020.

Gabriel de Vedia

Fiscal

Ante mí: Carlos A. Pietragalla

Secretario