

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LITIGIO JUDICIAL

Amós Arturo Grajales
(Editor)



POLIEDRO
EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Cuadernos de Poliedro

Argumentación jurídica y litigio judicial

Compilación de trabajos

1° Volumen

Año 2024

Amós Arturo Grajales (Editor)

Argumentación jurídica y litigio judicial : compilación de trabajos / Luisina Ortiz... [et al.] ;

Compilación de Amós Arturo Grajales. - 1a ed - Beccar : Poliedro Editorial de la Universidad de San Isidro, 2024.

Libro digital, PDF - (Cuadernos de poliedro)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-90421-6-0

1. Derecho. 2. Perspectiva de Género. 3. Derecho del Trabajo. I. Ortiz, Luisina II. Grajales, Amós Arturo, comp.

CDD 344.01

Colección Cuadernos de Poliedro

Diseño editorial: María Soledad Lohlé

Poliedro Editorial de la Universidad de San Isidro

Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín

Av. del Libertador 17175 Beccar (B1643CRD), Buenos Aires, Argentina



PRESENTACIÓN

Es un gusto para mí presentarles la selección de trabajos finales de la cohorte 2022 de la Diplomatura en Argumentación jurídica y Litigio judicial de la Universidad de San Isidro.

Los trabajos muestran la riqueza de perspectivas de los diplomados en cuestiones que involucran las más diversas ramas del derecho. En ellos también se advierte la faz práctica con la que la Diplomatura ha trabajado una variedad de aspectos teóricos de la argumentación jurídica en los que se incluye la importancia de la comunicación en el ámbito jurídico. Ámbito por otro lado, muchas veces olvidado en el desarrollo académico del Derecho.

Es de resaltar que los trabajos han sido hechos por profesionales del derecho que ejercen la abogacía y la magistratura a lo largo y a lo ancho del país, lo que nuevamente nos enriquece en cuanto a la diversidad de las problemáticas abordadas.

Es la primera vez en la publicación de los trabajos, pero no la última y nos da una sincera satisfacción los resultados obtenidos por cada uno de ellos. Espero que quienes lean las siguientes páginas sepan apreciar la reflexión permanente a la que nos invita la Diplomatura y puedan sumarse en el futuro a ella.

Amós Arturo Grajales

Director

Diplomatura en Argumentación jurídica y Litigio judicial

PRESENTACIÓN DEL LIBRO

La Diplomatura en argumentación jurídica y litigio judicial que dirige el Dr. Amós A Grajales en la Universidad de San Isidro cumple un rol esencial en la comunidad jurídica de la región. Las y los profesionales dedicados a la tarea de resolución de conflictos encuentran en ese espacio académico, un ámbito de formación teórico práctico que les permite enfrentar los enormes desafíos en materia de comunicación y de debate jurídico propios del siglo XXI.

Esta primera publicación de trabajos presentados por profesionales que participaron de la diplomatura en el año 2022, y desde sus diferentes roles profesionales y ámbitos de desempeño, compila el resultado de algunos de los debates que surgieron en las clases, a partir de la experiencia práctica y de la reflexión argumentativa compartida con prestigiosos teóricos del derecho expertos en la materia y que componen el claustro docente de la diplomatura.

Un recorrido por cuestiones en materia probatoria y la argumentación con perspectiva de género, la resolución de conflictos y la posibilidad del error judicial, la función judicial como pacificadora social en el ámbito del derecho del trabajo y el análisis argumentativo de la sentencia judicial son temas que las y los autores han elegido para compartir en esta primera edición de trabajos de la diplomatura.

Esperamos sea una publicación que motive nuevas producciones en materia de argumentación jurídica, y que invite a pensar en los aspectos lingüísticos, filosóficos, interdisciplinarios, de esta práctica social a la que denominamos derecho.

María Laura Ochoa
Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración
Vicerrectora Académica

ÍNDICE

El razonamiento probatorio en casos de violencia en el trabajo	7
De Ortiz, Luisina	
Argumentación con perspectiva de género.....	48
De Borrelli Strelzik, Lucía	
El proceso judicial como método de resolución de conflictos. Un caso práctico.	
El error judicial.....	79
De Ruiz, José Daniel	
La magistratura laboral como pacificadora del conflicto social.....	100
De Chaher, Laura Leticia	
La argumentación y el derecho del trabajo.....	106
De Barrera Nicholson, Antonio	
Análisis argumentativo de la sentencia 'Estévez, Cristian Andrés' a la luz del Estatuto de Roma.....	138
De Ríos, Melisa María	

EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN CASOS DE VIOLENCIA EN EL TRABAJO

Ortiz Luisina¹

luisina.ortiz@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que presentan los actos de violencia en el trabajo, se encuentra en la dificultad probatoria de las situaciones fácticas que se denuncian, tanto para quien las ha padecido y debe acercarlas al proceso en busca de su resarcimiento, como para el juez quien debe fundar una decisión controlable en la resolución de estos casos.

La gran escalada que ha tenido el tema de la violencia en el ámbito del trabajo, dio paso no solamente a numerosos reclamos judiciales sino a la conformación de una nutrida jurisprudencia y a corrientes doctrinarias en torno a la prueba de este tipo de comportamientos, conformando uno de los más complejos temas en lo que respecta a la teoría del proceso.

El presente trabajo pretende brindar en su desarrollo, algunas características especiales de la valoración de la prueba de difícil producción e interpretación que se plantean dentro del procedimiento laboral, tanto desde la óptica litigante como para el decisor en estos escenarios.

En este recorrido, se dará especial atención primeramente al marco teórico que engloba el concepto de “violencia en el trabajo”, como así también a los precedentes judiciales más importantes que se han pronunciado en la materia.

Posteriormente se profundizará en la carga probatoria dentro del ámbito del proceso, para luego transitar un recorrido dentro del razonamiento probatorio construido a partir de indicios y de presunciones, como camino de acceso a la resolución de estos casos.

¹ ABOGADA, Universidad de Buenos Aires, Diplomada en Argumentación y Litigio Judicial (Universidad de San Isidro), Docente de grado (Universidad Tecnológica Nacional), Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente cursando Maestría del Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales del Trabajo (Universidad de Tres de Febrero).

Por último, se analizará el deber de motivación judicial como el rol más importante dentro de la argumentación y que debe existir con mayor exigencia en esta problemática, donde los jueces tienen la obligación de ilustrar las razones de la decisión obtenida, alejando todo tipo de arbitrariedad, trasladando así los motivos que invitan a comprender una sentencia que no quede reducida a un simple análisis lógico que ignore a las partes y al auditorio universal.

LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO. DIFERENCIACIÓN CONCEPTUAL

Desde una óptica sumamente general, puede expresarse que la violencia en el trabajo, consiste en conductas ilícitas que afectan a todas las personas que se desempeñan en relación de dependencia. Mayormente afecta a quienes por diversas circunstancias se encuentran en un estado de vulnerabilidad que se acentúa en épocas de crisis, donde la persona trabajadora se encuentra totalmente desprotegida, resignando derechos reconocidos a cambio de mantener su fuente de trabajo, sumado a otras cuestiones que involucran lo que se denomina “categorías sospechosas”, (grupos vulnerables o desventaja social) es decir con particulares dificultades para ejercer los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico a los efectos de garantizar la operatividad del derecho a la igualdad.

El abordaje jurídico de la violencia en el ámbito laboral, encontró su impulso en la década de los años 90, oportunidad en que la expresión “violencia en las relaciones laborales” tenía como objetivo subrayar las diferentes formas de maltrato en el lugar de trabajo, público o privado, durante el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo.

Durante el recorrido del presente trabajo, se podrá observar que se utiliza el término “violencia en el trabajo” en lugar de “violencia laboral” y la distinción no es antojadiza ni tampoco corresponde meramente a un motivo semántico, sino que a la hora de conceptualizar el fenómeno se acudirá a un espectro mucho más amplio que se da dentro y fuera de la clásica estructura sistemática del ambiente laboral.

La diferenciación ha sido desarrollada por la Dra. Ana Clara Alfie, en uno de sus trabajos cuya referencia se cita para mayor profundidad, donde considera que debe erradicarse la expresión violencia laboral porque la misma insinúa solamente

un problema de la estructura organizacional, ya que existen muchos actos de violencia aislados que implican a quienes se encuentran, por ejemplo en la búsqueda de empleo y que no se encuentran originados o derivados dentro del clima organizacional.

La complejidad del concepto fue señalada por la Organización Internacional del Trabajo que advirtió que la violencia en el trabajo es un fenómeno mundial en estrecha relación con el trabajo precario, el sexo, la edad y los sectores en riesgos especiales y que a menudo deriva de una combinación de causas entre ellas, de comportamientos individuales, del ambiente y las condiciones de trabajo como así también de la forma de interactuar entre las personas que integran la comunidad laboral.

Esta organización internacional, en un informe de 1988 señaló que la variedad de comportamientos que pueden ser cubiertos bajo el rótulo general de violencia en el trabajo es muy extensa, ya que los límites en los comportamientos aceptables son a menudo vagos y la percepción en diferentes contextos y culturas de lo que constituye la violencia es tan diversa que se convierte en un importante desafío tanto para describir como para definir este fenómeno.

Así pues, según el “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla” elaborado por la OIT en el año 2003, violencia en el trabajo es “toda acción, incidente o comportamiento que se aparte de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”.² Comprende entonces, tanto la violencia física como la psicológica diferenciándose de ambas por el uso de la fuerza física en la primera de las mencionadas, en tanto en la segunda se presenta un uso intencional del poder.

En idéntica relevancia el Convenio sobre Violencia y Acoso Laboral, aprobado en la 108ª Cumbre de la Organización Internacional del Trabajo, el 21/6/2019, definió a aquéllas como “comportamientos, acciones o amenazas que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico” inaceptables, sea que se produzcan una sola vez o de modo repetido.

² OIT “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla” Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003. Pág.4.

Definir el concepto, supone un gran desafío porque el abanico de conductas es muy amplio y el límite de lo que constituye violencia de lo que no lo es, resulta difuso ya que depende del contexto y la cultura en la que la conducta se desarrolló.³

Independientemente de los ejemplos expuestos, suelen usarse en forma indistinta conceptos como acoso moral, mobbing, acoso psicológico, persecución encubierta como si fueran sinónimos que ameritan su distinción conforme las diferenciaciones que ha realizado la doctrina especializada. Estos comportamientos, en definitiva, consisten en el ejercicio abusivo del poder sobre otras personas que genera innumerables daños e incide no solamente en la víctima, donde el riesgo es considerablemente mayor para las mujeres, sino que también afecta a la comunidad en general.

Escapa al objeto de este trabajo el aspecto científico - clínico de cada término, pero es importante enfatizar en que existe un repertorio de formas de sufrimiento en el trabajo no taxativo y que llevan a atentar contra la dignidad de quien pone a disposición en cada jornada su fuerza de trabajo.

Por este motivo quizás una forma de incluir la violencia en el trabajo (acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad, permanencia) sea nombrando al fenómeno como “violencia en la relación de trabajo” o “simplemente violencia en el trabajo” erradicando así la expresión violencia laboral, que insinúa un problema de la estructura organizacional, debiendo amparar por ejemplo a quienes se encuentran en la búsqueda de empleo y en ese derrotero se ven afectados en la mayoría de los casos por actos de violencia discriminatoria.⁴

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la actualidad cuenta con una vasta jurisprudencia acerca de la violencia y sus diversas manifestaciones.⁵, dando algunos ejemplos en el terreno de la violencia psicológica, se ha considerado injurioso: a) no asignarle tareas al trabajador, b) la imposibilidad de que pudiera ejercer con seguridad su profesión, c) el maltrato verbal, los insultos, etc. y el trato degradante, c) las presiones ejercidas por el empleador para que renunciara y se reincorpore sin reconocimiento de su antigüedad, d) las actitudes persecutorias

³ Para mayor abundamiento ver: “La violencia en el trabajo, apuntes para su abordaje integral en el Anteproyecto de Código del Trabajo”, elaborado por Ana Clara Alfie, Infojus.

⁴ C Nac.Apel. Civ.Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo s/Amparo”, 16/12/2002.

⁵ Boletín Temático de Jurisprudencia “Violencia Laboral” Sumarios de sentencias de la CSJN y de la CNAT-Oficina de Jurisprudencia, Julio 2013. Disponible en <http://pn.gov.ar/Fueros Nacionales, Justicia Nacional del Trabajo, Pestañas: Boletines temáticos de Jurisprudencia>.

plasmadas en recargos de tareas, supervisiones desmedidas, maltrato, irrespetuosidad notoria, cuestionamientos, exigencias de resultados sin sentido y presiones que lo llevaron a renunciar bajo amenazas de cambio de categoría y e) los procesos de acoso, tanto sexual como psicológico en los cuales la habitualidad es la nota dominante pues la persecución se encadena con la reiteración de conductas y la discriminación –como lo adelantamos- está presente en tanto el afectado recibe un tratamiento de desfavor violándose la igualdad de trato y el art. 16 de la Constitución Nacional.

Es de esperar que la futura legislación en la materia logre receptar una definición amplia de la violencia en el trabajo conteniendo todas sus posibles variables y que no se vea restringida por exigencias relativas a la asiduidad de las conductas o la intención del autor que las lleva a cabo.

LA DIFICULTAD PROBATORIA

El art. 377 del CPCCN consagra el principio general en materia de prueba en sentido tradicional, es decir, quien alega un hecho debe acreditarlo y es muy posible que la mayoría de los códigos procesales de nuestro país contengan esa previsión.

De modo genérico, en todo proceso judicial, quien alega un hecho debe probarlo, sin embargo, el proceso laboral, acude a ficciones conocidas como presunciones legales que consiste en la aplicación de normas procesales protectorias para encauzar la protección de la parte trabajadora.

Ello pues, en atención a su posición hiposuficiente dentro de la relación procesal, con la clara intención de eliminar desigualdades, facilitando el acceso a la jurisdicción y con el fin de agilizar el tránsito de su reclamo judicial.

Uno de los problemas que presentan estos actos de violencia en el trabajo radica en su dificultad probatoria, porque generalmente estas penosas y dramáticas situaciones se dan a puertas cerradas y en algunos casos, sin testigos directos de los hechos, siendo un dato de la realidad del mundo laboral que no se puede poner en tela de juicio.

Por ello este tipo de casos se ubican en el terreno de las *difficilioribus probationis* y que no pueden favorecer la impunidad de quien ha cometido dicho ilícito por el mero hecho de que sea complejo poder descubrir su comisión.

La privacidad del ámbito en el que tiene lugar, hará que el denunciante deba correr con la difícil carga de acreditar que fue efectivamente, sometido a hostigamiento, también es difícil, cuando no imposible, determinar con precisión cómo empezó a desarrollarse un proceso de violencia, que por ejemplo se puede iniciar como hostigamiento sexual y mutar en una persecución psicológica, etc.

Es por este motivo que este tipo de lamentables episodios, no suelen manifestarse de forma abierta y claramente identificable, de allí que su prueba resulte compleja, siendo más habitual que estos actos sean una acción más presunta que patente y difícil de demostrar, ya que el motivo subyacente muchas veces se encuentra en la mente de su autor (por ejemplo en casos de discriminación).

La OIT reiteradamente observó que en casos de discriminación, el problema que se plantea es el relacionado con la carga de la prueba, generando un obstáculo insuperable para reparar el perjuicio sufrido pues si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata por ejemplo de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter es manifiesto), lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente y difícil de demostrar.

El hecho de que sea difícil probar la violencia en el trabajo no significa que sea imposible, pues en estos casos, los jueces deben valorar la prueba a favor de la víctima que es la parte más débil de la relación, ya que siempre la solución más valiosa será la de que impida que el victimario se beneficie con la impunidad sólo porque la prueba es difícil.

Cuando por ejemplo se juzga la violencia psicológica en el trabajo no se puede permitir que, en la contienda procesal, el formalismo neutralice los objetivos sustantivos del derecho de fondo pues de no aceptar ciertas pautas para la valoración y apreciación de la violencia psicológica, se podría caer en obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte trabajadora.

No obstante, hay que reconocer que tales dificultades han hecho que por mucho tiempo no se judicializaran los casos en que se había ejercido violencia psicológica en el ámbito laboral. Si bien se trata de una cuestión compleja, no deber ser entendida como una situación de orfandad probatoria, que imposibilite llegar a un juicio de valor para lograr una solución adecuada.

La experiencia ha demostrado que ello no ha sido obstáculo para que las conductas implicadas en otras manifestaciones de violencia, pudieran ser debidamente acreditadas y, consiguientemente, obtuvieron la merecida sanción cuando las denuncias llegaron a los estrados judiciales.

La cuestión tiene una importancia fundamental porque los instrumentos internacionales que conforman el Bloque Federal Constitucional (art.75 inc.22 de la CN) en conjunto, consagran la libertad y la igualdad en dignidad de todas las personas, así como también el derecho a ser oídas públicamente, con las garantías necesarias para un tribunal independiente e imparcial, en definitiva, el derecho al debido proceso legal.

El hecho de que en el caso de violencia en el trabajo se establezca la obligación de seguir los lineamientos de la OIT en materia de carga probatoria, no implica que aparezca como un compartimiento cerrado y desconectado con otros supuestos de violencia, porque en estos supuestos rige el principio de amplitud probatoria, de valoración conforme las reglas de la sana crítica, adquiriendo especial importancia los indicios (cuestión que será abordada en los acápites subsiguientes), en definitiva han de consagrarse principios generales en materia de prueba aplicables, precisamente por su amplitud a todo supuesto que constituya una violación al ejercicio y goce de derechos humanos fundamentales.

LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS

Previamente se anticipó el problema suscitado en este tipo de procesos, que cobran relevancia tanto para la víctima como para el sentenciante, especialmente al momento de determinar la verdad objetiva de los hechos ante la falta de prueba directa del hecho.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se diseñaron reglas rígidas, a los efectos de establecer sobre cuál de las partes habría de recaer el perjuicio derivado de la ausencia probatoria. pero ya más modernamente, la práctica alertó a la doctrina que dichas bases resultaban a veces insuficientes o inadecuadas; y que, en algunas ocasiones, la carga probatoria debía desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras de arribar a la verdad fáctica.

Fue de esta forma que el instituto de la carga dinámica de la prueba, puso en jaque el sistema probatorio clásico y estático, llevándolo a su reformulación, en pos de alcanzar y consagrar la justicia del caso⁶.

En todo proceso, la carga de la prueba representa un desafío, en mayor medida para el juez que en caso de ausencia o insuficiencia, deberá determinar a quién atribuir las consecuencias negativas de tal circunstancia.

Ahora bien, los diversos ordenamientos procesales de nuestro país distribuyen la carga de la prueba bajo la premisa "*quien afirme la existencia de un hecho controvertido, deberá probarlo*", regla adjetiva que evidencia una carga estática o rígida de la prueba (cada una de las partes debe acreditar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción), en contraposición a la dinámica que implica que la actividad probatoria no está atada a cánones rigurosos o inflexibles sino que en ciertos casos, resulta menester adaptar esas reglas a la concreta contienda y de ese modo producir un desplazamiento de la carga hacia una u otra parte, con el fin de arribar a una solución justa el litigio.⁷

Las consideraciones expuestas cobran especial relevancia cuando se trata de acreditar actos de violencia en el trabajo, ya que las reglas generales de la distribución de la carga de la prueba, caracterizada por la desigualdad real de las partes, se muestra insuficiente cuando se trata de acreditar por ejemplo un caso de hostigamiento, acoso o discriminación.

En nuestro país, por ejemplo, el cuestionado art.11 de la ley 25.013 imponía a la persona trabajadora acreditar la causal invocada cuando alegaba haber sido objeto de un despido discriminatorio. A partir de su derogación por la ley 25.877 y por consiguiente frente a la ausencia de una norma que establezca el *onus probandi*, la extinción del contrato de trabajo por esa forma de violencia se insertó en un debate de la moderna doctrina procesal que advirtió que las bases tradicionales de las reglas de las cargas probatorias resultaban insuficientes y hasta inflexibles para arribar al resultado deseado.

⁶ CALAMANDREI decía que el proceso tiene la finalidad más alta que pueda existir: la justicia: "...no es verdad que el proceso no tenga finalidad; si no la tuviese sería necesario inventarla para poder continuar estudiando ésta nuestra ciencia. Pero en realidad, finalidad tiene, y es altísima, la más alta que pueda existir en la vida: y se llama justicia". En: CALAMANDREI Piero (1952); "Proceso y justicia"; Revista de Derecho Procesal; Año X n° 1, Buenos Aires

⁷ PISACCO, Marina. El despido discriminatorio y el derecho a la estabilidad. Abeledo-Perrot Buenos Aires, 2013, p.287

Las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y suprallegal han servido y deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación.

En base a las pautas precitadas, en materia de procesos enmarcados por la violencia en el trabajo el onus probandi quedaría articulado de la siguiente manera:

- La parte trabajadora tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. La CNTrab ha destacado que no es exigible la prueba de la intención del discriminador, este elemento intencional es irrelevante, bastando comprobar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento ilícito y el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.⁸
- Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad acerca de los hechos y circunstancias alegadas.
- Desde esta perspectiva, son admisibles diferentes recursos con intensidad en el ofrecimiento de la prueba por la parte trabajadora y que aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.
- Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre la patronal la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente

⁸ CNTrab., Sala V, 26/06/2014, "F. R. M. vs. F S.A. s. Daños y perjuicios", RC J 5562/14. En igual sentido: CNTrab., Sala IV, 31/08/2009, "Lescano c/Ingeplam S.A. s/Despido", ED, 24/02/2010, nro. 12.450.

extrañas a la invocada vulneración del derecho fundamental, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

- La parte demandada deberá refutar, demostrando un motivo legítimo, no discriminatorio y finalmente, el juez formará su convicción respecto de la existencia (o no) del motivo, al valorar el conjunto de las pruebas aportadas. Como vemos, se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio del derecho fundamental.

Es importante aclarar que la utilización de las presunciones judiciales, no invierte la carga de la prueba, porque la parte trabajadora no está eximida de producirla, sino que debe aportar indicios suficientes que generen una presunción judicial de la existencia del acto violento.

Desde ya determinar en qué momento satisface el denunciante el requisito de actividad probatoria mínima constituye el eje central de la discusión, pero dejaremos la respuesta a dicho interrogante cuando transitemos posteriormente el terreno de la eficacia probatoria de los indicios.

Una vez que ha logrado generar la presunción discriminatoria, la parte empleadora puede atacar el nexo de causalidad entre la medida adoptada y el resultado mediante la prueba de una causa distinta de su acción, en otras palabras, una motivación distinta y excluyente de la animosidad hostil.

No es necesario que aporte una justa causa de despido, pero sí debe probar que es una motivación distinta a la causa imputada, ya sea a través de testigos o acompañando los documentos, etc.

Brindaré algunos lineamientos observados por nuestros tribunales, tal como surge de la siguiente reseña:

En el ámbito nacional, se resolvió que incumbía a la empleadora probar acabadamente su falta de responsabilidad por el acoso sexual denunciado ejercido

por un dependiente, por encontrarse en mejor posición para informar acerca de las condiciones en que se desenvolvían las labores de sus empleados.⁹

Frente a la dificultad de la prueba de las persecuciones y presiones denunciadas, también se juzgó que le correspondía a la empresa demostrar que no había habido discriminación, a pesar de los indicios que existían al respecto, pues era quien poseía elementos que permitían, por ejemplo, conocer las calificaciones de sus dependientes, las que debían estar consignadas en sus planillas a los efectos de verificar quien estaba más calificado para ascender o para determinar el orden de prelación para luego ser aspirante a un ascenso, de qué manera se concursaba, etc.¹⁰

Para mayor abundamiento, la moderna concepción solidarista en materia de alegación y distribución de la carga de la prueba se basa en los principios de colaboración, solidaridad y buena fe. Por tal motivo, se descalifican aquellos comportamientos procesales que se limitan a la simple negativa de la plataforma fáctica presentada en la demanda como un simple espectador, más que como un partícipe necesario.

Por otro lado, hay que tener presente que el comportamiento procesal de los litigantes contribuye asimismo a formar la convicción del sentenciante, sea mediante la aplicación del art. 163 inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (prueba presuncional) o bien del art. 386 del mismo cuerpo legal (esta vez considerada como fuente de convicción).¹¹

Por supuesto que acreditadas por las partes las circunstancias en las que se fundan sus pretensiones (art. 377 CPCCN) la duda en los alcances probatorios debe beneficiar a la víctima y no al victimario (art. 9 LCT).

Es menester aclarar que el criterio que se sigue en los casos en que se deben acreditar actos como los de discriminación, resulta también de aplicación a los casos de maltrato laboral e inclusive a los procesos de acoso, debido a que, como ya lo expresamos más arriba y lo ha reconocido la jurisprudencia, la violencia en el

⁹ C. Nac. Civ., sala M, 5/6/2001, P., M. c. Cía. de Servicios Hoteleros S.A. JA 2001-IV-384.

¹⁰ C. Nac. Trab., sala 7ª, 8.6.08.- Rybar, Héctor H. v. Banco de la Nación Argentina

¹¹ Maza, M. A. El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas, Jurisprudencia Argentina, Lexis N° 0003/400344.

trabajo importa una forma de discriminación hostil por cuanto el afectado/a es sometido/a a un tratamiento desigual o diferenciado perjudicial.¹²

No debemos olvidar que la enumeración de los principios generales del derecho del trabajo no tiene porqué permanecer estática, sino más bien evolucionar y en tal sentido una redefinición conceptual para lograr construir una línea directriz que abarque una prohibición más general que repela todas las formas de violencia y no únicamente una de sus formas.

Sabido es que en el proceso laboral cobra relevancia el sentido del derecho del trabajo, cuya base de apoyo es el principio protectorio, donde es necesario ponderar que la situación de inferioridad, económica y hasta moral de la parte trabajadora, que perdura, incluso dentro del proceso, a pesar de la igualdad teórica de situaciones procesales.

El principio de indemnidad que orienta el criterio de que quien aporta su fuerza de trabajo debe salir indemne de la relación laboral (y si así no fuera debe ser reparado íntegramente por el daño sufrido) debe ser el prisma donde se mire toda la temática relativa a la violencia en el trabajo. La dignidad adquiere aquí toda su centralidad, pues las condiciones de labor tienen que ser dignas (art.14 bis CN) y sólo un trabajo sin violencia puede cumplir con la manda constitucional.

Por lo tanto, la necesidad de protección del económicamente débil se mantiene siempre activa, no sólo en lo que atañe a la actividad procesal, en sentido estricto, sino principalmente en lo que respecta al resultado final de la litis laboral.¹³

Independientemente de las diversas posturas doctrinarias acerca del tema, a los jueces les corresponde atemperar el rigorismo probatorio a fin de no disipar intereses legítimos, debiendo acudir a criterios de normalidad para liberar de arduas demostraciones al litigante que hubo de producir prueba atenuada, indiciaria del acto, sin descartar la vigencia de los principios generales en la materia.

¹² C. Nac. Trab., sala 2ª, 29/02/2008, Di Tullio, Juan C. v. HSBC Bank Argentina S.A., Lexis N° 35021444; C. Nac. Trab., sala 4°, 18.9.08.- Barruti, Adriana L. v. Italfina S.A.

¹³ ALOCATI Amadeo, "La duda en el derecho laboral", LT, XV-222 cit. por Jorge O. Moréis y Hugo V., Caimani, Revalorización del principio protectorio. Su aplicación en el proceso laboral, DT 2006 -octubre-, 1488

PRUEBA Y VERDAD

Antes de abordar el esquema probatorio del tema que ocupa este trabajo, es necesario referir que el término “prueba” sin dudas ha dado lugar a diferentes acepciones dentro de la doctrina y la jurisprudencia que no han sido utilizadas en el mismo sentido, desembocando en un enorme caos terminológico, lo que implica un punto de partida sobre el estudio del tema.

En un modelo cognoscitivista, al que le es propio el concepto de verdad de los enunciados fácticos como correspondencia, el principal criterio de verdad es el criterio empírico, el juicio de experiencia y la verdad de esos enunciados fácticos que constituyen prueba, pueden ser llamados “prueba directa” , mediante la observación empírica de los hechos y la calidad epistemológica a la que hace referencia esta prueba.

Si suponemos que no hay errores en la observación, puede considerarse que es absoluta, pero en la mayoría de las veces el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos que se prueban de modo que su conocimiento es indirecto, tal como los casos de violencia que se producen en el trabajo.

En otras palabras, en la mayoría de las ocasiones, las pruebas no son el resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros razonamientos probatorios, lo que amerita la reflexión de este tipo de conocimiento para poder evaluar la calidad epistemológica de sus resultados (se analizará en los acápite subsiguientes con profundidad).

Podría sugerirse que, así como la incompletitud y la inconsistencia generan casos genéricamente difíciles, la subsunción y problemas de prueba generan casos individualmente difíciles.¹⁴

Es sabido que los juristas suelen reconstruir el procedimiento judicial como un “silogismo práctico” en el que la premisa mayor es una norma que asigna una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho y la premisa menor es el enunciado resultante de un razonamiento - “la calificación jurídica de los hechos “ - , según el cual los hechos enunciados y probados constituyen un caso particular.¹⁵

¹⁴ NAVARRO Pablo, Sistema jurídico, Casos difíciles y Conocimiento del derecho.

¹⁵ En el modelo lógico de la subsunción, la descripción de los elementos normativos a nivel abstracto y de las consecuencias de derecho que se deben actualizar si los mismos se verifican en la realidad material en un caso concreto, sería la premisa mayor. En la premisa menor se describe lo sucedido en un hecho concreto como un caso especial de la hipótesis normativa descrita en el supuesto jurídico en donde se han realizado todos y cada

Según la opinión dominante, las premisas del razonamiento principal de una sentencia judicial son dos: una norma o enunciado jurídico prescriptivo universal N y un enunciado calificativo, asertivo, y singular F, que es una concreción del supuesto de hecho de N; y la conclusión de ese razonamiento principal es, como queda dicho, la propia decisión D que resuelve el litigio y que es, por así decirlo, la decisión prevista en la consecuencia de N y es un enunciado prescriptivo singular.

Esta es precisamente la composición del razonamiento que en la cultura jurídica se denomina «silogismo jurídico», «silogismo judicial» o «silogismo de la aplicación del Derecho» (aunque estas denominaciones no sean quizá las más apropiadas).

Por tanto, para las teorías jurídicas actuales, el silogismo judicial o silogismo jurídico forma parte de la actividad justificatoria del juez; concretamente, es el (sub)razonamiento principal de la justificación o motivación de una decisión judicial. Esta es la razón por la que el silogismo judicial o silogismo jurídico es el referente por antonomasia del término «razonamiento jurídico».¹⁶

Sin embargo no parece que esta definición tan precisa sea factible a todos los supuestos que se dan en la práctica, tales como en los casos de violencia en el trabajo donde resulta difícil definir el escenario con caracteres empíricos precisos.

Es conveniente tener en cuenta que la lógica constituye un sistema teórico que recopila, generaliza, abstrae y reconstruye en fórmulas las relaciones admisibles entre las proposiciones, con total prescindencia de su contenido. Se trata, por tanto, de un sistema formal y universal que nos brinda métodos para establecer si una proposición se desprende o no de otras a través de una inferencia válida¹⁷.

Así pues la lógica se ocupa de controlar la corrección formal de los razonamientos y de ofrecer un método sistemático para separar las inferencias correctas de las que no lo son. Sin embargo, no garantiza que las proposiciones de la

uno de los elementos previstos en la correspondiente regla jurídica. Finalmente, en la conclusión se derivan para el caso concreto el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de los derechos y obligaciones previstas como las consecuencias de derecho a nivel abstracto en la norma. La decisión jurídica es, de esta forma, la consecuencia de que el caso concreto puede ser encuadrado —subsumido— en la hipótesis normativa como un caso especial de la misma. Véase al respecto Engisch, Karl, *Einfuehrung in das juristische Denken*, 8a. Ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1989, pp. 43 y ss.

¹⁶ HERNANDEZ MARIN Rafael, "Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial". *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 42 (2019) ISSN: 0214-8676 pp. 103-129

¹⁷ COPI Irving Copi y COHEN Carl. *Introducción a la lógica*, Trad. Edgar González Ruíz], 6ta. Reimpresión, México D.F.: Limusa, 2002, p. 19; Victoria Itarrulde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 379.

inferencia sean verdaderas, solo asegura que si ellas son verdaderas la conclusión también será verdadera.

Hoy en día, la validez de una sentencia, o lo justa que esta es, ya no se encuentra en relación directa a una conclusión que nace de un silogismo correcto, esto ya es insuficiente. Que resulte de inocultable valor la lógica para el derecho es una realidad indiscutida, pero convertirla a ella caprichosamente en una entidad jurídica, no sólo que no se condice con la realidad de los hechos, sino que puede arrastrar consecuencias desde absurdas hasta injustas, con lo cual tampoco se vería satisfecho fin alguno con la misma ciencia del derecho.¹⁸

No son pocos los autores modernos que han discutido la conveniencia de los métodos lógico-jurídicos formalistas para fundamentar científicamente al derecho bajo un sistema cerrado y forjado axiomáticamente. Entre los teóricos que fueron contra esa ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho destacó el alemán Theodor Viehweg.¹⁹

Es por ello que la calificación jurídica, aunque se apoye de un proceso empírico, forma parte de un proceso jurídico ulterior que debe ser construido por quien juzgue a partir de ciertos enunciados, que resulta mayor o menor medida discrecional y dependerá que éste se defina lo más precisa y unívocamente mediante datos empíricos claros.

Ahora bien, un hecho legal puede configurarse dentro de tres tipos: externos, internos o psicológicos y conceptos que han de llenarse de contenido por el juez mediante juicios de valor.

Generalmente los hechos comunes relevantes jurídicamente, son aquellos los que definen las notas distintivas del supuesto hecho y constituyen el objeto de la prueba son hechos externos que producen una alteración en el mundo sensible, con un claro referente empírico, donde no habría dificultad en describir el carácter descriptivo de la premisa menor.

¹⁸ KLUG, U.; Lógica jurídica, Bogotá, Temis, 1998, pág. 203.

¹⁹ (Leipzig, 1907- Maguncia, 1988). En 1945, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se estableció en una localidad cercana a Múnich, donde descubrió una biblioteca escondida dentro de un claustro. Este hallazgo le permitió iniciar una minuciosa investigación que tuvo como producto final su obra Tópica y jurisprudencia (publicada en 1953) que presentaría en la Universidad de Múnich para la obtención del título de libre docencia. En 1949, junto a Rudolf Laun volvió a fundar el Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie y logró transformarlo en una de las revistas de filosofía jurídica más importantes del mundo. Desde 1962, impartirá clases de filosofía del derecho en la Universidad de Maguncia.

Sin embargo junto a estos otros hechos, existe otra categoría, cuya comprobación ha de realizarse mediante una serie de pautas de interpretación de la conducta humana, (se trata de los hechos internos o psicológicos); esto es lo que califican la voluntad de individuo, - si tuvo intención de realizar una conducta, engañar, etc.

Es decir, una dimensión subjetiva que ha de ser no observable y que plantea (intenciones, deseos, querer), que ha llevado a considerarlos en la práctica como juicios de valor, y no como auténticos hechos.

Aunque ello no implica que no sean auténticamente hechos, y por tanto comprobables mediante juicios descriptivos, son directamente constatables aunque de más difícil averiguación, pues requieren ser descubiertos o inferidos a partir de otros hechos externos.

Para ser más exactos, el conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos, la diferencia con los hechos externos radica en el tipo de dificultad pues en principio son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos.

Pero en la premisa menor o en las notas distintivas del supuesto hecho legal, pueden aparecer “juicios de valor “ es decir es posible que la norma atribuya relevancia jurídica a un hecho no en sí mismo, sino en cuanto venga valorado de un cierto modo.

Ello supone afirmar la existencia de dos afirmaciones:

- a) de un lado el hecho en cuestión ha sucedido
- b) por el otro que tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración

Hay que admitir que cuando entran en juego juicios de valor, el juez ejerce una función valorativa discrecional importante en la conformación de la premisa menor.

En el discurso jurídico, muchas de las elecciones decisivas tienen carga valorativa. La elección entre las fuentes del Derecho, así como el peso de fuentes individuales, están parcialmente basadas sobre valoraciones. A menudo se hace referencia a la inferencia por analogía o al contrario, ambas están vinculadas con valores; el concepto de semejanza no es valorativamente neutral. Todas las clases

de metas argumentativas están conectadas al código de valores del que toma la decisión.

Se puede así estar de acuerdo con Jerzy Wróblewski quien en diferentes contextos ha enfatizado que las interpretaciones jurídicas se basan en tres tipos de argumentos: (1) fuente material de Derecho (2) directivas de razonamiento jurídico y (3) valores y valoraciones. Las conclusiones finales son el resultado de todos estos factores.²⁰

Por ello en estos casos, pero también en la fijación de hechos psicológicos, que poseen más dificultad de conocimiento, se impone con más fuerza que otros, una esmerada motivación que explicita y justifique tales decisiones valorativas adoptadas, cuestión que será explayada al final de este trabajo.

Ahora bien es necesario conocer qué tipo de razonamiento deben realizar los jueces al valorar las pruebas incorporadas al proceso en casos de violencia en el trabajo que serán el camino para determinar una versión de los hechos que consideren probados, como así también cuál es la inferencia probatoria realizada.²¹

Para enfrentar las dificultades que presentan estas cuestiones se debe realizar un gran esfuerzo que permita poner en relación las múltiples piezas del rompecabezas que concurren en estos casos para llegar a la conclusión final de la existencia de los comportamientos violentos, debiéndose merituar los hechos en su totalidad y no aisladamente, porque las conductas violentas se ponen de manifiesto comúnmente de forma encubierta, subrepticia o artera.

En suma, el órgano judicial tiene amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla debiendo ajustar sus conclusiones a las reglas de la sana crítica²² de la lógica, la psicología y la experiencia común, ponderando la totalidad de los indicios probatorios que se le presenten.

²⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Meaning and Truth in Judicial Decisión* (ed. por Aulis Aarnio), 2.a ed., Tampere, 1983.

²¹ GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*.

²² Según lo enseña el Couture, las reglas de la sana crítica son las “reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia, conf., “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, J.A. t. 79, doctr., p. 85.

DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Quien invoque haber padecido un acto de violencia en el trabajo debe probar el “corpus”, es decir, la materialidad del acto o los comportamientos o hechos que integraron el proceso de violencia y que dan lugar a la pretensión, por lo que ésta debe asentarse sobre premisas fácticas bien demostradas y no meramente posibles arbitrariedades empresariales en el ejercicio del poder directivo.

Se ha desarrollado previamente que, en cuanto a la valoración de la prueba, dada la natural falta de paridad que surge de la relación trabajador-empleador, corresponde la aplicación del principio “in dubio pro operario” en las cuestiones de hecho, como las que están involucradas en las situaciones de violencia. Fernández Madrid sostiene en este punto que, no se trata de que el tribunal supla deficiencias probatorias sino de valorarlas de manera adecuada a las circunstancias y en caso de duda, de volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador.²³

Haciendo un somero recorrido por el esquema, se podrá observar que:

- En cuanto a la prueba testimonial las conductas implicadas pueden ser más o menos sutiles y detectables por terceros ajenos a la víctima, por ello, excepto casos particulares se trata de la prueba por antonomasia, puesto que es el único medio con que se cuenta para reconstruir la realidad fáctica de una situación de violencia.

No obstante es de dificultosa producción, y aunque sea uno de los medios clásicos probatorios cuya efectividad ha sido cuestionada por inseguro, en algunas ocasiones, es el único medio con que se cuenta para reconstruir la realidad fáctica de una situación de violencia laboral. Tal es el caso en que el testimonio adecuadamente interpretado, con arreglo a las reglas de la sana crítica para tener por probado el acoso sexual que había sufrido una empleada por parte de un compañero de trabajo²⁴

En supuestos donde los testigos continúan prestando servicios para la empleadora acusada, rara vez querrán dar testimonio de su accionar por temor a las represalias. Por el contrario si se trata de compañeros de trabajo ya desvinculados de la empresa usualmente quedarán comprendidos dentro de las

²³ FERNANDEZ MADRID Juan Carlos, Tratado práctico de derecho del trabajo, t. I, p. 180.

²⁴ C. Nac. Trab., sala 8ª, 14.5.08.- D. A. B. v. El Parlamento S.A.

generales de la ley (juicio pendiente) lo que disminuye el valor convictivo de sus declaraciones.

Al respecto cabe precisar que el hecho de que un testigo se encuentre emocionalmente involucrado en un incidente laboral, no es factor suficiente para prescindir de su relato; su valoración judicial debe ser muy estricta y prudente para encontrar la verdad material y lograr una eficiente aplicación de las normas jurídicas²⁵.

Mismo criterio deberá aplicarse en supuestos donde el o los testigos tengan juicios pendientes contra el empleador o dado el caso particular, se trate de un testigo único, en tanto su declaración sea coherente, precisa coincidente y concluyente, no corresponde invalidarla. En especial, se puntualizó que como los sucesos laborales se dan en una comunidad de trabajo, quienes participan de ella son los que pueden aportar mayores datos al respecto y que, en muchas ocasiones la prueba testimonial, constituye el único elemento de convicción del cual depende el magistrado para esclarecer la cuestión en debate, máxime en el caso en estudio en el que la demandada no había aportado ningún elemento de prueba capaz de desvirtuar tales declaraciones.

- En el caso de la prueba confesional, la misma debe servir a modo de verosimilitud objetiva, en tanto pueda ser apoyada en corroboraciones fácticas periféricas. Aún cuando se trate del único medio probatorio, tampoco debe derivarse de ello una suerte de presunción de sinceridad indestructible lograda a partir de la declaración de la parte afectada, porque también es cierto que, en ocasiones, el testimonio de la presunta víctima puede ser producto de móviles de resentimiento, venganza, fabulación, etc.
- La prueba documental, en caso de que exista, será también un elemento útil para acreditar la presencia de la violencia en el trabajo, tal es el caso de la discriminación en la renovación de determinados contratos a unos agentes y a otros no, sin exponer diferenciación objetiva, la discriminación por edad avanzada, el acoso sexual que surgía de una causa penal. el ejercicio irrazonable del poder de dirección por la aplicación de sanciones disciplinarias injustificadas, la imposición de sanciones respecto de las cuales

²⁵ C.Nac. Trab., sala 6ª, 15/03/2001 – Dentone, Josefina v. Seguridad y Custodia SRL s/ despido.

no se precisó ni la imputación inicial ni la motivación del acto que las dispuso.²⁶

- Del mismo modo el dictamen pericial psicológico debe ser valorado conjuntamente con los restantes elementos probatorios pues es obvio que el experto no posee registros objetivos de los hechos y las secuelas relatados por el damnificado. Sin embargo, con fundamento en la prueba pericial psicológica se tuvo por acreditada la discriminación laboral padecida por el trabajador debido a su condición de homosexual, porque si bien el experto había condicionado su conclusión a la acreditación de los factores configurativos de la situación laboral de acoso y discriminación derivado de aquella condición, la empleadora no había rebatido la conclusión científica acerca del nexo causal adecuado entre esa situación y los padecimientos del accionante.²⁷

Se ha efectuado hasta aquí un breve recorrido por diferentes medios probatorios que han de ser vinculados con los escenarios de violencia en el trabajo, destacando que los actos o comportamientos que denotan una conducta de estas características se pueden identificar si se cuentan no solamente con las herramientas conceptuales adecuadas, sino también con recolectar los elementos para su acreditación.

En los acápites subsiguientes la cuestión se centrará sobre el rol preponderante que juegan en esta materia las pruebas indirectas y las presunciones judiciales u hominis²⁸, donde el juez debe efectuar una tarea para nada sencilla, visto que la misma puede ser camuflada a través de un sinnúmero de pretextos.

DE INDICIOS Y PRESUNCIONES

El proceso judicial, en cualquiera de sus modalidades busca obtener una verdad jurídica, esto implica que “en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no”. Cuando se presentan situaciones tan

²⁶ BARBADO, Patricia B., La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral. Revista de Derecho Laboral, Nro. 2009-1 Discriminación y Violencia Laboral - II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe. P.536

²⁷ C. Nac. Trab., sala 5ª, 13.2.07, B. A. A. v. Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina

²⁸ Se las denomina así en cuanto las consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de hechos (indicios) reales y probados.

complejas y extremas que dificultan una sola versión de los hechos, estamos ante un conflicto por determinación de hechos.²⁹

Ciertamente, una constante en todo proceso es la problemática de la verdad jurídica, y que “consiste, más bien, en la individualización de las condiciones y de las modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos para los que existen elementos de credibilidad, pero que no puede ser calificada como verdadera y cierta de forma indiscutible”.

Dicho de otra manera “se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente inciertos, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa”.³⁰

Si bien escapa al objeto de este trabajo la complejidad que presenta el concepto de verdad en el marco del proceso, es importante partir de ciertas premisas que ameritan su importancia.

Así pues, la primera asume que en el proceso es posible encontrar una verdad del contexto en el que ella es reconocida, la otra que la decisión judicial debe permitir a las partes controlar cómo el juez ha llegado a dar por cierta una determinada hipótesis de hecho.

Reconocer que el proceso debe aspirar a lograr un aceptable grado de verdad sobre las hipótesis de hecho planteadas por las partes, supone abandonar la idea que sostiene que la única finalidad del mismo es resolver conflictos.

La radicalización de esta última postura lleva a considerar que el juez no debe por su propia iniciativa buscar la verdad de los hechos ya que su finalidad se cumple con la moderación del debate entre las partes y el dictado de una sentencia.

Así la pasividad del juez se corresponde con la idea de considerar indiferente la obtención de la verdad, pues mientras el procedimiento se aplique correctamente la decisión cumplirá con el estándar de justicia, el juez visto como moderador del debate entre las partes, simplemente verifica el cumplimiento de las reglas de nuevo sin importar que logre tomar decisiones fundadas en el conocimiento de la verdad de los hechos.³¹

²⁹ Idem. 18 Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005, p. 21.

³⁰ TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 241.

³¹ MAZA Miguel A., *El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas*, Jurisprudencia Argentina, Lexis N° 0003/400344.

Si por el contrario, asignamos relevancia a la decisión, por considerarla el último paso en el cumplimiento de respetar el debido proceso como garantía constitucional y como derecho humano, la veracidad contextual de los hechos adquiere relevancia.

La elección de la solución posible implica, de alguna manera, recordar ciertos aspectos básicos para el derecho, como lo es, por ejemplo, su función. Mucho se ha dicho que su principal cometido no es otro que el de resolver conflictos, pero razón tiene Luhmann, entre otros, al señalar que dicho fin le queda grande a las posibilidades reales de lo jurídico.

El derecho “en primer lugar, advierte (o trata de advertir) las grandes tendencias de la época y los problemas colectivos que ellas generan, y trata de adaptar estos efectos al equilibrio social mediante acciones lentas y duraderas (la función legislativa). En segundo lugar, observa la marcha cotidiana de los acontecimientos y dispone de recursos rápidos para corregir los que considera desequilibrios coyunturales (la función ejecutiva). En tercer lugar, está atento a los desvíos individuales de la línea de equilibrio y –cuando puede– intenta revertirlos o compensarlos (la función judicial).³²

Dadas las dificultades probatorias en orden a esta cuestión, las pruebas indirectas y las presunciones juegan un rol preponderante en determinadas circunstancias por ser prácticamente las únicas que están al alcance del damnificado, máxime cuando se infieren de hechos seriamente probados que lleven al ánimo del juzgador la razonable convicción de las conductas o condiciones que se quiere demostrar.

En alguna manera corresponde agregar, que mediante la sana razonabilidad y evitando el abuso de la ley, el juez podrá orientar una respuesta jurídica que se intente aproximar de la manera mejor posible a la justicia misma de la resolución, aunque de hecho es posible que ello no sea logrado. Presuponer una respuesta correcta no nos ayuda a servir mejor a la sociedad. Lo que realmente necesitamos es una justificación racional.

³² LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 332-336. Cita de BOTERO Andres en *Opinión Jurídica*, volumen 5, No. 9 - ISSN 1692-2530 - Enero-junio de 2006 - Medellín, Colombia

Esta cuestión se encuentra vinculada entonces de buena manera a la misma prevención con la capacidad del magistrado de tener suficiente objetividad ante lo inesperado o lo que es lo mismo de nombrar como que, los casos difíciles que de hecho comprometen la actuación del magistrado al ser tales, deben recibir una respuesta igualmente exclusiva y no meramente predispuesta.³³

Necesariamente se tiene que tener en cuenta a aquellos a quienes está destinada y que como hemos visto al principio de este trabajo, muchas veces se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. El dejar de lado esta necesidad puede generar el fracaso de la argumentación, ya que es falso “que los hechos hablan por sí solos e imprimen un sello indeleble en todo ser humano, cuya adhesión provoca, cualesquiera que sean sus disposiciones”.³⁴

Los pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que se han venido registrando en este terreno parecen en general basarse en pruebas testimoniales, pero también en indiciarias o de presunciones acerca del móvil del acto de violencia, en especial en casos de discriminación.

El fruto de una larga evolución judicial caracterizada por el continuo enlace de cada nueva sentencia en las anteriores, conforma una continuidad doctrinal donde se añaden nuevos e importantes matices y no impeditiva de que a veces esos matices, determinen alguna divergencia argumental.

De este modo se ha aceptado la prueba de presunciones, sin que se exija con todo rigor que concurren los tres requisitos clásicos (es decir, que sean graves, precisas y concordantes), ya que en la materia la función evaluadora del juez tiene un dilatado campo de acción.

Y en cuanto a su valor, se resolvió que si el mismo emerge de las pruebas, juega un papel muy importante para demostrar la existencia de la violencia en el trabajo, por lo que el juzgador debe interrelacionar las pruebas de la causa y apelar a los principios del Derecho del Trabajo, fundamentalmente al principio de la primacía de la realidad, al principio protectorio y al principio de razonabilidad.³⁵

³³ ANDRUET Armando, La motivación de las razones judiciales y su razonabilidad. Trabajo publicado integralmente en la obra Temas de filosofía del derecho, Botero Bernal, A. y Estrada Vélez, S. comp.), Medellín, Universidad de Medellín, 2003, pág. 335/362.

³⁴ PERELMAN, Chaim y Lucie. Olbrechts-Tyteca. Tratado de la argumentación: La nueva retórica. Trad. Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos S.A., 1989.

³⁵ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 28/11/2007, Acevedo Cariglio, Claudia G. v. Banco del Suquía S.A. , Lexis Nº 16/17054

Todas las presunciones legales que contiene la LCT implican justamente una alteración sobre la distribución de las cargas de la prueba a favor de la parte trabajadora, por vía de dispensa de una actividad procesal que sería necesaria en los casos normales, siendo la doctrina de las cargas probatorias dinámicas una primera reacción en el derecho procesal argentino contra la rigidez que se le atribuía a las reglas sobre carga probatoria.

Su principal logro tal como hemos visto, fue explicar que las reglas sobre carga de la prueba no eran útiles máxime en los casos de violencia en el trabajo. Aquí el juez podrá orientar una respuesta jurídica que se intente aproximar de la manera mejor posible a la justicia misma de la resolución, aunque de hecho es posible que ello no sea logrado,

INDICIOS

Desde la etimología de la palabra, indicio proviene del latín “*indicium*” que significa indicación o anuncio de algo, y se encuentra también relacionado con las palabras “*index, indicis*” que significa indicador o señalador de algo.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española nos define la palabra indicio como el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Sin embargo, es preferible para los fines de este trabajo, no considerar al indicio como un fenómeno, en la medida que su existencia no se basa en aspectos sensoriales, sino que se relaciona con razonamientos lógicos.

Desde esta perspectiva, podemos decir -en palabras de Taruffo- que “indicio” hace referencia al “hecho conocido” o la “fuente” que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar.

Devis Echandía, ha empleado como definición del indicio la de “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.”³⁶

³⁶ ECHANDIA, David. . Teoría General de la Prueba Judicial T. II.

El indicio es una prueba en potencia, es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. Suple la incertidumbre en ciertos casos y en otros complementa las pruebas aumentando el nivel de corroboración del enunciado fáctico.

Constituye una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción. Ningún hecho o circunstancia es un indicio por sí mismo, sino cuando se conecta con otra realidad.³⁷

En la medida que se tome al indicio como un hecho indicador del cual por vía de inferencia nos lleva a un hecho desconocido, es decir como un real medio de prueba, su valoración debe ser igual a la de los demás que tengan dicha calidad en cuanto a su valoración probatoria, entendiendo que indicar que en un proceso judicial existan indicios presupone a su vez la existencia de medios de pruebas que acrediten cada uno de ellos.

Una analogía que puede servir para explicar lo que ocurre con la prueba indiciaria es la del rompecabezas. Al comienzo pueden verse unas pocas piezas (indicios) que nos dan una vaga idea de cuál podría ser la imagen principal. Esa idea inicial nos sirve para buscar otras piezas que vayan encajando en el cuadro, y de esta forma si es correcta, iremos sumando piezas y así sucesivamente, nos formaremos una mejor idea de cuál realmente es la imagen.

Llegaremos a un punto, donde aunque no tengamos todas las piezas del rompecabezas, podemos ver qué figura contiene con bastante precisión.

De igual manera, en su función heurística sirven para formarnos una idea de qué pudo haber ocurrido y, en consecuencia, formular una hipótesis que oriente la investigación. Si la hipótesis es correcta, probablemente, avancemos en la investigación y recojamos otros indicios, hasta llegar al punto que podamos justificar cómo ocurrieron los hechos del caso, sino todos, cuando menos los relevantes para resolverlo.

También se interpreta como el hecho conocido y comprobado, del cual es posible desprender una inferencia de tipo lógica, que permite el paso a un hecho

³⁷ PARRA QUIJANO Jairo. Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones, T. IV, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2da. Edic., 1992, p. 7; Juan Igartua Salaverria. "Los indicios tomados en serio", Ob. Cit., p. 33

desconocido y que guarda íntima relación con el *thema probandum*, por lo que esta clase de concepto desde una metodología práctica nos llevaría a ejemplificar el indicio como aquellas huellas dactilares encontradas en una habitación, forcejeo, amenazas impartidas entre dos personas, etc.

Entre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida”³⁸.

La prueba del indicio es indirecta, pues tiene por objeto un hecho particular que si bien no califica como el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida, por sí solo o en conjunción con otros, sí nos sirve para inferir, por medio de las reglas de la ciencia o la experiencia.

Ahora bien, la distinción entre prueba directa e indirecta se establece según la relación existente entre el hecho a probar y el objeto de prueba. En tal sentido, la prueba es directa cuando versa sobre el hecho que se busca probar para que se derive la consecuencia jurídica pretendida (hecho principal), y es indirecta cuando el objeto de prueba es un hecho distinto (secundario o periférico), pero que tiene la virtud de sustentar -por sí mismo o en conjunción con otros- una inferencia o cadena de inferencias por medio de las cuales se puede acreditar el hecho principal.

Así pues, se entendió que era un indicio de la existencia de violencia, el hecho de que un trabajador que se había opuesto a aceptar una orden injusta hubiera sido cambiado de tareas o despedido en un lapso de tiempo inmediato, por lo que el empleador debía probar que su accionar tenía una causa distinta para que quedara descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere. En virtud de ello, el tribunal concluyó que existían en los autos indicios de que el actor ha sido despedido en virtud de la actividad gremial que venía desempeñando.³⁹

En este mismo andarivel, se dijo que la hora de evaluar las conductas que dieron lugar a la amenaza laboral era poco probable que se pudiera acceder a un conocimiento pleno de lo ocurrido, por lo que el juez debía obtener la certeza moral de que la denuncia no constituía una falsedad a los fines de obtener un beneficio

³⁸ TARUFFO Michell. La prueba de los hechos [Trad. Jordi Ferrer Beltrán], Madrid, 2002, p. 480. En el mismo sentido, Manuel Serra Domínguez. Estudios de derecho probatorio, Lima, Communitas, 2009, p. 607., afirma: “No existen otras diferencias entre el indicio y la presunción que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. El indicio es el elemento base de la presunción y está la actividad intelectual del Juez que partiendo del indicio afirma un hecho distinto relacionado causal o lógicamente con el primero”. Coincide: Luis Muñoz Sabaté. Técnica probatoria, Ob. Cit., p. 241

³⁹ C. Nac. Trab., sala 7ª, 5/07/2007, Jiménez, Hugo O. V. Jockey Club; íd., íd., 8.6.08.- Rybar, Héctor H. v. Banco de la Nación Argentina

económico o de dañar injustificadamente a la persona del presunto acosador. En consecuencia, si no era posible la prueba directa de los presupuestos fácticos, tenían mayor valor los indicios que permitían arribar a la configuración de las presunciones graves, precisas y concordantes que el artículo 163, inciso 5, del Código Procesal eleva a la categoría de pruebas.⁴⁰

La importancia de la prueba por indicios implica que no siempre un hecho puede acreditarse mediante prueba directa. Es más, existen hechos que sólo pueden probarse mediante un razonamiento indiciario, como los hechos internos (v.gr. la intención, las emociones, las creencias y otros hechos psicológicos, como el conocimiento de ciertas circunstancias, la buena o mala fe, etc.), los cuales, al no ser externamente observables, se infieren a partir de sus manifestaciones externas o indicios.

La concepción que postula una diferente calidad epistemológica y menor valor probatorio de la prueba indirecta versus la directa se asienta en la idea errónea de que la primera, al tratar sobre un hecho secundario requeriría razonamientos o inferencias; mientras la segunda, al tener por objeto al hecho a probar (hecho principal), lo acreditará espontáneamente con prescindencia de cualquier razonamiento. Esta concepción debe ser rechazada; tanto la prueba directa como la indirecta requieren de inferencias probatorias, por lo que entre ellas no existe una diferencia ontológica, sino de grado⁴¹.

La simple observación de la prueba directa, sumada a la inmediación del juez, no basta para tener por acreditada una hipótesis fáctica, si tanto en la prueba indirecta como en la directa deben desarrollarse inferencias probatorias, su solidez debe valorarse siguiendo similares criterios de racionalidad epistemológica. Desde luego, la prueba indirecta -para que tenga sentido- no solo exige inferencias dirigidas a contrastar su fiabilidad, sino que además las requiere para conectar el hecho secundario, que constituye su objeto, con el hecho principal.

Sin embargo, aunque prima facie la premisa es correcta, no debe perderse de vista que el valor probatorio tanto de la prueba directa como de la indirecta, no se establece en abstracto, sino en el caso concreto y, en último término, no depende del

⁴⁰ C. N. Civ., Sala M, 5.6.01, P., M. c. Cía. de Servicios Hoteleros S.A., E.D. 197, 388.

⁴¹ LAGIER Daniel González Lagier. Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, Ob. Cit., p. 94; Marina Gascón Abellán. Cuestiones probatorias, Ob. Cit., p. 48; Juan Igartua Salaverria. "Los indicios tomados en serio", Ob. Cit., pp. 49 - 50

número de inferencias utilizadas, sino de su calidad epistemológica y, en especial, de la fortaleza de las reglas inferenciales empleadas.⁴²

ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO A TRAVÉS DE INFERENCIAS

Para razonar es importante conocer cómo razonamos: los tipos de inferencias que utilizamos, su estructura, elementos y criterios de corrección.

Partiremos entonces de tres conceptos básicos:

Afirmación base:

Uno o más indicios (acto, circunstancia o signo) conforman la afirmación base que servirá para probar, mediante inferencia, bien sea otro indicio o el hecho principal.

El indicio que integra la afirmación base es, por su naturaleza, un hecho conocido. Esta caracterización pone énfasis en la forma cómo el juez conoce el hecho y en la calidad epistemológica del mismo, como fuente de la presunción judicial. El primer aspecto está dominado por las normas procesales. En este contexto, un hecho conocido es cualquier circunstancia de hecho que el juez conozca de los modos admitidos por las normas procesales: los hechos probados en el proceso, los hechos notorios, los hechos admitidos como verdaderos por las partes (si lo autorizan las normas que rijan el respectivo proceso); y, en general, todas las circunstancias de las que el juez tome conocimiento en el proceso, incluyendo el comportamiento de las partes.

El segundo aspecto es gobernado por las denominadas reglas de la sana crítica. En este caso se pone énfasis en la necesidad de que el indicio ofrezca una base cognitiva sólida para fundamentar la presunción judicial; de otro modo el resultado que se presenta como hipótesis no sería más que una conjetura o una mera especulación.

No es posible identificar a priori, las circunstancias, signos o hechos conocidos que puedan ser considerados como indicadores de otros hechos desconocidos. Toda circunstancia, en el sentido amplio del término, puede servir como fuente de una presunción judicial, con la única condición que sea relevante para la determinación de un hecho controvertido.

⁴² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cuestiones probatorias, Ob. Cit., p. 50.

Aquí entra en juego el criterio de relevancia de los medios probatorios y de los enunciados relativos a las circunstancias o hechos secundarios que con ellos se pretende acreditar. La relevancia es un estándar lógico que sirve de presupuesto para la admisión de un medio probatorio: sólo deben admitirse los medios probatorios relevantes; es decir, aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos del litigio, de manera que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de tales hechos.

En consecuencia, será relevante todo medio probatorio que, en el supuesto que acreditarse los hechos con los cuales se conecta, incidiera –de algún modo- en el resultado de la decisión judicial.

En el caso de la prueba indirecta, la relevancia es lógica, pues, como su objeto es el hecho secundario debemos contar con un enlace o criterio lógico (en el sentido amplio del término) que nos permita inferir el hecho principal.

En este contexto, el juicio de relevancia exige, primero, que explicitemos cuál es el hecho secundario que pretendemos acreditar con la prueba indirecta; y, segundo, cómo ese hecho guarda conexión con el hecho principal. Esto, como es obvio, exige que se exponga el razonamiento indiciario.

Solo así el juez podrá conocer y evaluar si la prueba indirecta y el hecho o circunstancia que constituye su objeto son pertinentes para resolver la controversia.

Afirmación presumida:

La conclusión de la presunción judicial es un enunciado relativo a un hecho distinto del que le sirve de base, pero conectado con él. En términos generales y simplificados, esta conclusión o afirmación presumida puede ser: (a) necesaria, si el nexo entre ambos elementos es una regla general que no admita excepciones, en cuyo caso la inferencia será deductiva; o, (b) probable, si el enlace es una generalización que admite excepciones; supuesto en el cual la inferencia tendrá la estructura de una inducción probabilística.

Por lo general, el razonamiento indiciario es inductivo, por lo que el valor probatorio de la conclusión es relevante para establecer si logra superar el estándar de prueba que rija en el respectivo proceso. La doctrina caracteriza a la afirmación presumida como un hecho desconocido en oposición al hecho conocido que le sirve de base.

Se busca así resaltar que mientras el hecho conocido debe estar plenamente acreditado, el hecho desconocido es el hecho a probar que se obtiene mediante una presunción judicial. La distinción entre ambos elementos debe ser precisada para evitar confusiones.

Es cierto que el hecho presunto es el resultado de una inferencia probatoria que nos lleva a conocer algo nuevo o no conocido antes de ella.

Sin embargo, nada obsta para que ese hecho -hasta ese momento desconocido- pueda servir como premisa de otra presunción judicial. Desde esta perspectiva, el hecho desconocido en una presunción judicial puede ser -ya como resultado de aquella presunción- el hecho conocido en una subsiguiente presunción. Parece paradójico, pero no lo es si se tiene en cuenta que la distinción se sustenta en que toda inferencia nos lleva de un hecho conocido a otro hecho desconocido.

Es claro, entonces, que esta distinción se formula desde un punto de vista lógico y en el marco de una sola presunción judicial, lo cual desde luego no excluye que el juez pueda desarrollar una cadena de inferencias en la que un indicio pueda ser acreditado por medio de una inferencia con base en otro indicio. Sobre este punto regresaremos más adelante.

Nexo inferencial:

Para pasar de la afirmación base a la afirmación presumida se requiere de un enunciado de carácter general que sirva de enlace entre ambas. Este elemento dota de sentido al hecho conocido como indicador de la existencia (o inexistencia) del hecho presunto; asimismo, incide en el grado de corroboración de este último.

En pocas palabras, el nexo inferencial determina la relevancia lógica y la fuerza probatoria del indicio respecto del hecho presunto. Sin nexo inferencial no hay posibilidad alguna de razonamiento probatorio.

El enlace de la inferencia probatoria es una generalización o una regla cuya función consiste en describir regularidades que pueden ocurrir en el mundo (regla descriptiva). Nosotros, como integrantes del mundo, tomamos contacto con individuos concretos o particulares -esta persona, ese carro, tal oficina, aquellas palabras, este perro, etc.-, pero solemos guiar nuestro comportamiento, presumir el comportamiento de otros y adoptar decisiones, sobre la base de una regla o patrón que generaliza la relación entre los individuos y sus circunstancias.

Esas regularidades se fijan a partir de observaciones singulares que, debido a su frecuencia y uniformidad, luego se generalizan para casos tipo. La generalización, por tanto, otorgará mayor fuerza probatoria a la hipótesis fáctica cuanto mayor sea la base empírica observada y menores sean las excepciones a la regla.

Se distinguen así -grosso modo- a las generalizaciones que tienen una validez absoluta y universal; de modo que, si se da X, entonces, necesariamente se concluye Y (leyes científicas); de otras que admiten excepciones y, por tanto, si se da X, entonces, es probable que ocurra Y (máximas de la experiencia). El tipo de inferencia que puede formularse y, sobre todo, el grado de confirmación de la hipótesis, dependen del tipo de enlace que se utilice. Cuanto mayor fundamento tenga enlace, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis; y, a la inversa, cuanto menor fundamento posea el enlace, menor será el grado de confirmación de la hipótesis. Así, desde la perspectiva del fundamento del enlace, podemos distinguir varias situaciones.

El indicio debe estar fehacientemente probado. Como hemos visto, el indicio se caracteriza por ser un hecho conocido. El problema de definir si el indicio puede ser o no considerado como medio de prueba se conecta directamente con los diversos conceptos que tienen las diferentes líneas de pensamiento respecto a la interpretación del proceso, como al fin que cumple los medios de prueba dentro de él, es decir, si se concibe el proceso con el fin de dirimir una divergencia entre los sujetos que lo conforman debido a un “escepticismo filosófico respecto a la cognoscibilidad de la realidad”⁴³, o si por el contrario el proceso se dirige hacia la determinación verdadera de los hechos, en donde las pruebas son el instrumento para su consecución.

Desde una perspectiva epistemológica esto significa que debe encontrarse plenamente acreditado; de lo contrario el hecho presunto no sería más que una mera sospecha o una conjetura sin valor probatorio. A partir de un hecho desconocido (no acreditado) no se puede inferir ni justificar el hecho a probar (hipótesis). Por tanto, una forma de refutar el hecho presunto consiste en atacar la probanza del indicio, lo cual puede hacerse cuestionando la validez de los medios de prueba que le sirven de apoyo, o su fiabilidad. Si, por ejemplo, el medio probatorio en cuestión ha sido

⁴³ TARUFFO Michele, Op.cit, Pág.208

obtenido en forma ilícita, o si –luego de su valoración individualizada– se determina que su fiabilidad es escasa o nula, en rigor, no existirá indicio.

Llegado a este punto debe destacarse que la inferencia debe basarse en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Pero para que exista un argumento se requiere que la conclusión venga apoyada por razones y que entre ambos elementos exista un enlace o nexo inferencial.

En la inferencia probatoria esas razones son los datos probatorios; es decir, las proposiciones o afirmaciones que extraemos de la evidencia que obra en el proceso. Esos datos nos permiten justificar la conclusión (hipótesis definitiva) sobre cómo ocurrieron los hechos del caso, en virtud a un nexo o enlace que vincula a ambos extremos. Sin este elemento no tendríamos argumento, tan solo una pila de proposiciones o datos, de un lado, y una afirmación que pretende fungir de conclusión de una inferencia inexistente, del otro.

Existe un debate en la doctrina, que versa sobre si el indicio tiene el mérito de constituirse o no en un medio de prueba de acuerdo con su propia naturaleza, pues respondería a interrogantes tales como si ¿mediante los indicios es posible llegar a la verdad en un proceso judicial? o si ¿puede existir una condena judicial basada en indicios?

Por lo expuesto en capítulos anteriores la ventaja es confirmada por los principios y reglas del proceso, desarrollados precedentemente, y que surge cuando una de las partes está en poder o tiene bajo su control prueba significativa que rehúsa a producir, sin justificación alguna, y allí es donde el Juez podrá elaborar presunciones respecto de la cuestión que se procura acreditar por dicho medio de prueba.

Para Taruffo el indicio tiene el carácter de medio de prueba, define este último indicando que “en cualquier contexto procesal es medio de prueba” es todo lo que pueda ser usado significativamente para apoyar la prueba de un hecho. En la misma línea, para Bentham, los medios de prueba son “un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho”⁴⁴.

⁴⁴ BENTHAM, J., Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. (1979)

LA JUSTIFICACIÓN DEL RAZONAMIENTO EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Hemos visto que, dentro de las cargas dinámicas probatorias, el juez se mueve dentro del campo de las llamadas *presunzione giurisprudenziale* y cuenta con una serie de hechos considerados indicios por el alto grado de veracidad sobre su ocurrencia.

Retomando el tópico que se hizo al comenzar este análisis, al asumir que en el proceso es trascendente lograr un grado de verdad sobre las hipótesis de hecho y que para conseguirlo el juez debe moderar las diferencias y desventajas de las partes, llegamos a la conclusión de que la valoración sobre la determinación de la verdad debe ser consistentemente explicada y fundada al momento de tomar una decisión.

Asimismo, es necesario un concepto de igualdad no formal que tome en cuenta la diversidad de situaciones y la desigualdad donde el juez desempeñe el papel de atemperador de las diferencias y desventajas que afrontan las partes al momento de aportar prueba, como también estará obligado a explicitar que cuando concurren hipótesis alternativas para explicar los mismos hechos, no basta con enunciar los medios de prueba y los datos proporcionados por aquellos.

Así aunque la máxima de la experiencia parezca evidente, también está obligado a mostrar por qué ella debe ser preferida a la máxima alternativa, o bien que la misma es improbable a la luz de todos los indicios del caso. Y es que en este camino es posible que se explicita o se identifique una máxima de la experiencia que carezca de fundamento. (lo que en el esquema de Toulmin vendría a ser el “respaldo” de la máxima de la experiencia, la cual –en el mismo esquema- sería la “garantía”).

La labor del juez no puede ser ya reducida a una pura lógica deductiva en la que se excluye a cualquier consideración o referencia de índole histórica, sociológica, valorativa o de cualquier otra índole, ya que deberá plantearse la necesidad de incorporar principios y valores a la praxis del derecho del trabajo, en consonancia como sostienen algunas, de las Teorías de la Argumentación, y con ello la necesidad de la ponderación (v.gr., las de Alexy y Dworkin, entre otras).⁴⁵

Lo cierto es que la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones de modo que el primer reclamo al

⁴⁵ MASSINI, Carlos I., "Sobre el realismo jurídico", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 116.

decisor es más que decidir de un cierto modo, es decidir exponiendo razones o argumentos. Más allá de esa comprobación empírica, es legítimo preguntarse el porqué de esta necesidad de justificación.⁴⁶

En materia decisoria judicial entendemos por justificar o fundamentar a la exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales. Es cierto que hay autores que se han preocupado por distinguir entre justificación y fundamentación: el mismo Alexy entiende que aquella es más amplia, pero sin embargo opta por usarlos indistintamente, para Ferrater Mora⁴⁷, la fundamentación es más abarcativa, mientras que la justificación se vincula específicamente las opciones dentro del saber práctico o ético. Sólo a efectos de mencionar uno de indispensable trascendencia, el principio pro homine, que establece que debe interpretarse el derecho de la manera "más favorable" al hombre.⁴⁸

Si las sentencias deben estar "razonablemente fundadas" debemos admitir que las mismas contengan "razones" que conviertan en aceptable la decisión tomada. Desde este punto de vista la coherencia, es una característica fundamental y deseable del sistema, para la cual el intérprete debe trabajar. Es lógico pensar entonces que dichas razones no pueden exponerse de modo desordenado o caótico sino que deberían guardar cierta coherencia que permita verificar la razonabilidad de lo decidido.

La construcción teórica dworkiniana permitiría formular que el derecho como integridad es un enfoque que trata los problemas jurídicos desde la mejor perspectiva posible, no se conforma con suponer la irracionalidad sino que exige que la actividad coactiva del Estado responda a un conjunto de principios coherentes.⁴⁹

Así, las fallas en la elaboración o estructuración del discurso, la debilidad de los argumentos, la incongruencia de éstos con las premisas, como así también lo infundadas que pudieran ser las opiniones o la inconsecuencia de las conclusiones de los elementos antecedentes, conducirá indefectiblemente a una evaluación

⁴⁶ VIGO Rodolfo Luis, Razonamiento Justificatorio Judicial

⁴⁷ FERRATER Mora, J., «Diccionario de Filosofía», Alianza, Madrid, 1990, pág. 1834.

⁴⁸ PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", publicación electrónica del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, www.derechoshumanos.unlp.edu.ar.

⁴⁹ GRAJALES, Amós A. - Negri, Nicolás Jorge "Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (in memoriam)" Thomson Reuters, AR/DOC/5242/2013

negativa de un discurso que no lograría, por inadecuación de su organización y estructura, alcanzar su finalidad básica que es el convencimiento del auditorio, mediante razones.⁵⁰

Se podría tal vez pensar que el concepto de razonabilidad de la sentencia judicial, está en el umbral mismo de la noción de justicia; dicho de otro modo, la razonabilidad es condición sine qua non de la justicia. La sentencia podrá, y siempre desde esta proyección que podemos nombrar como de incumbencia de los litigantes, transitar admisibles grados de injusticia, pero lo que no podrá es rozar la irrazonabilidad.⁵¹

La razón se encuentra en que la hipótesis, como explicación de los hechos del caso, está íntimamente relacionada con la máxima de la experiencia que la conecta con los datos probatorios. Cuando las hipótesis son alternativas, cada hipótesis concurre al proceso con su respectiva máxima de la experiencia; de modo que no sólo las hipótesis son alternativas, sino también lo son las máximas de la experiencia.

Así las cosas, si en la sentencia sólo se enuncian los medios de prueba y se describen los datos probatorios y se pasa, de un salto, a dar por probados los hechos del caso, la motivación será insuficiente; pues, frente a una máxima de la experiencia e hipótesis alternativas, se exige que el juez explicita cómo es que se sirve para pasar de los datos o hechos probatorios a los hechos probados, mostrando, además, por qué el razonamiento que se le opone debe ser desechado.

Las pruebas – cuando son valoradas positivamente, es decir, con virtualidad para acreditar la existencia de un hecho controvertido – adquieren en el discurso del juez el estatuto de “hechos” verdaderos, reales y objetivos. Son esos “hechos” los que habilitan un encuadre jurídico u otro, y luego una determinada conclusión.⁵²

El razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que fundamentalmente el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la

⁵⁰ GRAJALES, Amos A. - Negri, Nicolas Jorge “Interpretación y Aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación. Una nueva práctica del Derecho”. Ed.Astrea, 2016.

⁵¹ ANDRUET Armando, La motivación de las resoluciones judiciales y su razonabilidad.

⁵² DILLON, María Verónica, “Democratización del lenguaje jurídico, límites y nuevos desafíos para su reflexión. Ponencia en XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, 2017.

sentencia, así el argumento es válido si realmente hay una conexión lógica entre la premisa y la conclusión.

Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez, ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero, además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Luego de revisar el esquema precedente es importante precisar qué postura debe tomar el juez con respecto a fundar una decisión controlable, en este tipo de casos donde se debe permitir a las partes controlar cómo el juzgador ha llegado a dar por cierta una determinada hipótesis de hecho.⁵³

A colación de lo expuesto es fundamental destacar la importancia de la fundamentación de la sentencia, en este sentido Carlos Santiago Nino, explica el valor epistémico de la democracia y aporta dos razones que justifican también a la argumentación jurídica.

- La argumentación sirve como medio de investigación o de descubrimiento de razones para la toma de una mejor decisión.
- La argumentación permite la detección de errores fácticos y lógicos.

En cuanto a la primera razón, la base de ella consiste en que se trata del conocimiento de los intereses de las otras personas, y eso, desde esta perspectiva, facilitaría conocer la opción más adecuada. El proceso argumentativo facilitaría, según Nino, una mayor armonía entre intereses que aparentemente son incompatibles. “Los altruistas, por ejemplo, podrían darse cuenta de que sus propios intereses chocan con otros y entonces cambiar sus elecciones para que los intereses de los demás puedan ser satisfechos”.⁵⁴

Por otro lado, en cuanto a la segunda razón, la argumentación jurídica ayudaría a detectar errores fácticos y lógicos, pues en el desarrollo del mismo proceso argumentativo, los otros participantes indicarían dichas situaciones.

⁵³ Al respecto se ha entendido que: “si media un evidente apartamiento de los hechos, del buen sentido o reglas de la sana crítica, la sentencia es arbitraria, como si abandona el correcto entendimiento judicial del material probatorio y le da un tratamiento no adecuado” (Sagues, 2002, p. 271)

⁵⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 168-174.

En la actualidad se observa la influencia del constitucionalismo democrático que se caracteriza por la necesidad de que las decisiones emanadas de los órganos judiciales encargados de resolver los conflictos se realice mediante un razonamiento justificatorio, esto es, la argumentación jurídica.⁵⁵

Se asigna relevancia a la decisión por considerarla el último paso del procedimiento, cumpliendo con el mandato de respetar el debido proceso como garantía constitucional y como derecho humano. En palabras de Ferrajoli, la decisión para no ser arbitraria debe basarse, en alguna medida de verdad, de carácter relativo, relacionada con el contexto donde se produce. Jurídicamente esta norma individual es de importancia decisiva para las partes del proceso, pero carece de relevancia más allá del mismo, o mejor dicho, ello dependerá del aporte creativo que contenga respecto a lo ya establecido en las premisas.

El proceso debe aspirar a resolver conflictos mediante una decisión justa apoyada por una reconstrucción de la verdad de las hipótesis de hecho sostenidas por las partes.⁵⁶ En esas circunstancias, el juez deberá tomar la decisión y producirla de manera controlable que permita entender cuáles son las razones y pasos que ha tomado para llevarla a cabo.

Pues un discurso convincente no está formado de una acumulación desordenada de argumentos o de un número indefinido de los mismos; por el contrario, requiere una organización de argumentos seleccionados, presentados en un orden tal que les otorgue la mayor fuerza.

El sistema del Estado de Derecho garantiza, entre otras cosas, un máximo de certeza jurídica para las partes de un proceso. La certeza jurídica puede caracterizarse incluso como una expectativa jurídica primaria de los miembros de la sociedad. De acuerdo con su formulación clásica, certeza jurídica significa negación de la arbitrariedad. Los ciudadanos tienen que poder planificar su conducta, y ello sólo es posible sobre la base de una práctica judicial previsible. En otras palabras, la interpretación que presentan los jueces no puede ser meramente azarosa o estar basada en la irracionalidad, tiene que basarse siempre en el Derecho y sólo en él.⁵⁷

⁵⁵ GRAJALES, Amós A. y Negri, Nicolás J., "Argumentación jurídica", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 4 y ss.

⁵⁶ TARUFFO Michelle, La Prueba de los Hechos, Jordi, Madrid. 2002, pag.37 y ss.

⁵⁷ AULIS Arnio, La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. DOXA 8, 1990

Llegando al final del desarrollo del punto del presente trabajo he de concluir tomando como referencia palabras del notable Manuel Atienza quien alude que “ en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no sólo son las decisiones, sino las razones - o cierto tipo de razones - que pueden darse en favor de las decisiones”.

CONCLUSIÓN

La finalidad de este desarrollo ha sido brindar una serie de aportes novedosos y útiles relacionados con la valoración de la prueba en casos de violencia en el trabajo, evitando caer en consideraciones dogmáticas y hacer hincapié en que el proceso judicial tiene la finalidad de alcanzar la verdad de los hechos considerando la gravedad de las situaciones planteadas.

Se ha considerado que todos aquellos instrumentos y medios que significativamente den por probado un hecho, constituyen un medio de prueba como ocurre específicamente con el indicio, que por su vocación de hecho indicador nos ha de llevar por vía de inferencia o de aplicación de una regla de la experiencia a un hecho desconocido en el proceso.

Como se ha puntualizado presunciones e indicios no son términos equivalentes y mientras los primeros si corresponden a razonamientos probatorios – las de hombre, los indicios son verdaderos medios de prueba dentro de un proceso judicial, máxime por las dificultades probatorias en procesos de violencia en el trabajo.

En ese recorrido, el juzgador no puede cerrar los ojos ante las dificultades probatorias, debiendo hacer uso de los elementos de prueba que la ley procesal contempla, en un análisis severo en conjunto con los principios y normas legales que contemplan la situación.

Es de suma importancia la especial sensibilidad que el decisor debe tener en esta materia, pues no corresponde que se detenga en la superficie aparente de las situaciones jurídicas, sino que debe buscar en lo más profundo, o sea, en lo real.

Para ello su tarea será lograr un ensamble entre las distintas evidencias, por medio de la conjunción de indicios que permitan conducir a la existencia de presunciones y así lograr la elaboración de un juicio adecuado en relación al grado

de responsabilidad que pueda corresponder en caso de quien haya cometido un trato hostil.

Al momento de dictar sentencia, deberá evaluar las conductas hostigadoras, de las que ha sido víctima la parte trabajadora, haciendo una valoración de los hechos y recurriendo a algunos principios previstos en nuestro procedimiento laboral a saber: el principio de primacía de la realidad, el principio protectorio y el de razonabilidad contenidos en el amplio bagaje normativo de la materia de carácter nacional e internacional.

En definitiva, siempre la solución más valiosa será la de que impida que el victimario se beneficie con la impunidad sólo porque la prueba es difícil.

La dificultad de la prueba no debe ser sinónimo de eludir la responsabilidad y fomentar conductas violentas ético-jurídicas repudiables con grave menoscabo de una convivencia civilizada ya que hiere los pilares básicos del bien común y de un estado de derecho.

Cuando se juzga la violencia en el trabajo (en todas las formas que se han mencionado de manera no taxativa) no se puede permitir que, en la contienda procesal, el formalismo neutralice los objetivos tuitivos del derecho de fondo, sobre todo si se tiene en cuenta que la Corte Suprema, desde antiguo, ha advertido que la renuncia a la búsqueda de la verdad jurídica material y la renuncia voluntaria a ese objetivo resultan incompatibles con el adecuado servicio de justicia.

En ese camino el juez mediante su argumentación deberá brindar motivación y fundamento a la decisión que construya, pretendiendo con ella lograr que las partes y el auditorio universal posible de la comunidad jurídica, queden persuadidos de que esa resolución dentro del universo posible de casos, resulta ser la más acertada.

Si bien no resulta necesario alcanzar un nivel de certeza compatible con la verdad absoluta bastará un alto grado de probabilidad de la existencia del suceso, será fundamental que sea, alcanzada conforme una derivación razonada del derecho vigente y de los principios inseparables de la persona humana y su dignidad a los que apunta el Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABELLÁN, M. (2004) *“Los hechos en el Derecho Bases Argumentales de la prueba”*, Editorial Marcid Pons.
- ATIENZA, M (2007). *Las razones del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, M (2013) *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2da. Edic.
- AULIS, A (1990), *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. DOXA.
- GONZALEZ LAGIER, D (2006) , *“Argumentación y Prueba Judicial”*. Universidad Nacional Autónoma de México
- NINO, C. (2003), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- PASTEN DE ISHIHARA G. M (2018) *La protección de los derechos de la mujer en el ámbito laboral*. Editora Platense.
- PISACCO, M (2013). *El despido discriminatorio y el derecho a la estabilidad*. Abeledo-Perrot
- TARUFFO, M (2002). *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán.

ARTÍCULOS CONSULTADOS

- ALFIE, A, *La violencia en el trabajo, apuntes para su abordaje integral en el Anteproyecto de Código del Trabajo*, Infojus.
- ANDRUET, A (2003), *La motivación de las razones judiciales y su razonabilidad*. Trabajo publicado integralmente en la obra *Temas de filosofía del derecho*, Botero Bernal, A. y Estrada Vélez, S. comp.). Universidad de Medellín
- BARBADO, P, *La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral (Actualización y ampliación del artículo sobre “La prueba del acoso psicológico en el ámbito laboral*. Disponible en <https://www.anamib.com/anamib-en-la-prensa/articulos-y-trabajos-de-patricia-barbado/la-prueba-patricia-barbado/>
- BAYON, P (2013), *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, no 16.

- DE DIEGO, J (2011). *La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria*. Publicado en: La Ley 30/11/2011.
- DILLON, M. V. (2017) *Democratización del lenguaje jurídico, límites y nuevos desafíos para su reflexión*. Ponencia en XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo
- HERNANDEZ MARIN, R (2019) "*Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial*". DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- GILES, J. A (2022) *La prueba de los motivos discriminatorios según la Corte Suprema Argentina*. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning
- GRAJALES A. A. (2015) *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como "la boca de los principios"*. De la subsunción a la ponderación Publicado: SJA 2015/07/29-3 ; JA 2015-III
- GRAJALES, A. A. (2013) - "*Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (in memoriam)*" Thomson Reuters, AR/DOC/5242/2013
- MAZA, M. A. *El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas*, Jurisprudencia Argentina, Lexis N° 0003/400344.
- MORENO CRUZ, R., *Argumentación Jurídica Por qué y para qué*. Disponible en: www.unammx.com
- NAVARRO P (1993) *Sistema jurídico, Casos difíciles y Conocimiento del derecho*. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- TULA D. J. (2019) , *La prueba de la discriminación*, Revista de Derecho laboral, Rubinzal Culzoni.
- ZAVALETA RODRIGUEZ, R. E. (2018) *Razonamiento probatorio a partir de indicios*. Derecho & Sociedad,(50),197-219.<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388>

ARGUMENTACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Borrelli Strelzik, Lucía⁵⁸

Luciabs@yahoo.com

“Lo sabré cuando me lo hayas dicho claramente” Atenea (La Orestíada de Esquilo)

INTRODUCCIÓN

Juzgar y argumentar con perspectiva de género obliga a realizar un análisis contextualizado e integral de los hechos y del derecho. Interpela nuestro propio sistema de creencias, roles y estereotipos; las relaciones de poder estatuidas por siglos en el seno de la sociedad; la aparente neutralidad de las normas jurídicas y del lenguaje.

Se comenzará por una reflexión sobre la situación fáctica sometida a juzgamiento, en el entendimiento de que muchas de las conclusiones que realicemos en el juicio de hecho nos aportarán los elementos necesarios para la búsqueda de la verdad e influenciarán en el juicio de derecho. Así se abordará la identificación de estereotipos y la constatación de situaciones de desigualdad estructural y cómo ello repercutirá en el análisis e incorporación de las pruebas durante el juicio. Luego se examinará la aplicación e interpretación de las normas jurídicas a la luz del principio de igualdad y no discriminación, para finalizar con una referencia en relación al lenguaje, instrumento esencial del discurso jurídico.

Consciente de las múltiples implicancias y de la complejidad de la materia objeto de estudio, solo se intentará ilustrar algunas de las novedosas aristas que presenta este particular análisis jurídico, sin pretender agotar la temática abordada.

Por último, dado que desempeño funciones como relatora de la Secretaría Civil, Comercial y de Familia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, me he permitido citar fallos señeros en la materia, y, en particular, votos del doctor de Lazzari que iluminan y muestran el camino a seguir.

⁵⁸ Lucía Borrelli Strelzik es abogada especialista en Derecho Civil (Universidad Nacional de La Plata), especialista en la Magistratura (Universidad Nacional de San Martín), Diplomada en Igualdad y no discriminación (Universidad de Buenos Aires) y en Argumentación Jurídica y Litigio Judicial (Universidad de San Isidro) y Relatora de la Secretaría Civil, Comercial y de Familia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

LA ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS. IMPERATIVO LEGAL Y DEMOCRÁTICO

Según la posición formalista que entiende al derecho como un sistema cerrado, dotado de plenitud, del cual pueden derivarse soluciones para todos los casos individuales, reales y posibles, la tarea del juez o del intérprete se reduce a “descubrir” la regla general que ha de resolver el caso concreto que se presenta.

Es así como de acuerdo al silogismo judicial tradicional un juicio es correcto en la medida en que es la aplicación de una regla, es decir, en la medida en que es la aplicación de una pauta general a un caso específico.

Este modelo, desencadenó severas críticas desde la corriente del realismo jurídico y las posturas más extremas llegaron a manifestar que las normas y los conceptos generales no desempeñaban un papel importante en la práctica del derecho, debiendo los jueces recurrir a su conciencia jurídica material y a factores pragmáticos cuando interpretaban el derecho. En suma, esta corriente entendió que las valoraciones morales y políticas –la ideología- permeaban la justicia.

Frente a estas posturas aparentemente irreconciliables y producto de la denominada crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico, es que a partir del año 1950 empiezan a cobrar relevancia las teorías de argumentación jurídica y, por ende, la discusión sobre la justificación de las decisiones judiciales.

Estas teorías parten de la idea de que las normas determinan únicamente un marco más o menos amplio dentro del cual ha de recaer la decisión, pero siempre dejan un margen de discrecionalidad. Por lo tanto, buscan justificar y limitar el proceder argumentativo en la praxis, elaborando criterios que puedan asegurar su objetividad y racionalidad.

En tal sentido, sostienen que las sentencias no sólo deben describir este silogismo judicial, explicando las premisas fácticas y normativas, sino que deben justificar la decisión adoptada, dando buenas razones, de manera tal que lo que allí se resuelva pueda ser tenido como correcto.

En consecuencia, en el entendimiento de que el derecho siempre admite más de una respuesta válida, advierten que el juez o la jueza debe convencer, persuadir, de que la tesis elegida es la más aceptable de todas.

En ello consiste la tarea argumentativa. La argumentación es un medio de investigación o de descubrimiento de razones para la toma de una mejor decisión.

Cabe asimismo destacar que hoy en día la justificación de las sentencias es un imperativo legal y democrático.

Así puede decirse que el deber de motivar las sentencias tiene un doble perfil. Por un lado, configura un requisito formal de las decisiones judiciales que ha sido receptado –con diversa terminología y alcance– en la mayoría de los códigos procesales latinoamericanos. Por otro lado, configura una verdadera garantía sustancial de los ciudadanos sometidos al ejercicio del poder público en tanto modalidad de justificación del ejercicio de tal poder.

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 3 titulado “Deber de resolver” enuncia que “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Al respecto, enseña el profesor Grajales que el Código a través de este artículo se ha introducido en la teoría de la decisión judicial, que comprende hoy una doble tarea: no sólo la de buscar la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico y de acuerdo a las pautas interpretativas que impone el artículo 2 del citado plexo legal sino también la de justificar ante las partes, ante los tribunales superiores y, en definitiva, ante la sociedad (la comunidad jurídica) el fallo adoptado. Es así que otorgar una “decisión razonablemente fundada” implica justificar, es decir, dar las razones por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra.

De otra parte, en el Estado constitucional la motivación de las sentencias cumple una función de control generalizado y difuso por parte de la ciudadanía. Justificar una decisión en el Estado Moderno de Derecho obliga a tener buenas razones no sólo para convencer de que tal solución es –cuanto menos– correcta sino para legitimar la adopción de decisiones.

Desde esta perspectiva, el deber de motivación se impone como una exigencia fundada en elementales razones republicanas y democráticas. Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que “el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso” y determinó un estándar fundamental que debe ser cumplido por los magistrados en el ejercicio de dicho deber al señalar

que “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de la partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado” (CIDH, “Caso Apítz Barbera y otros -Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”- vs. Venezuela”, sent. De 5-VIII-2008, párr. 78).

Este imperativo surge como fruto de un gran cambio en el modo en que la sociedad percibe el derecho en la actualidad y de una demanda creciente de democratización de la justicia que exige que se justifiquen las decisiones judiciales con razones y no simplemente apelando a la autoridad.

En palabras del maestro Atienza, la exigencia de justificación en el caso de la decisión judicial es una garantía contra la corrupción y contra la ignorancia, es decir, contra la estupidez y la maldad.

JUZGAR Y ARGUMENTAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Resulta esencial poner de resalto que las teorías de la argumentación jurídica no solo proporcionan una importante vía para fundamentar la corrección de una decisión sino que también adquieren suma relevancia a la hora de aclarar la justificación tanto de la premisa normativa (en lo que atañe a su elección y a la adjudicación de su significado) como de la premisa fáctica pues esta última incide de manera directa en la solución del caso y, por ende, en la determinación del enunciado normativo particular.

Juzgar y argumentar con perspectiva de género, nos conmina a hacer visible una realidad -injusta e inequitativa- hasta ahora invisibilizada, para que una vez develada, pueda ser reparada y corregida a la luz del principio pro homine y de los derechos humanos.

Es un método de análisis que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad, la violencia y la exclusión de las mujeres para avanzar en la construcción de una sociedad más justa. A la par, que permite actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico y transformar la realidad.

En dicha inteligencia, se ha expresado que la perspectiva de género es la visión que deben tener los operadores jurídicos sobre determinados hechos en los que participan grupos vulnerables. Es un instrumento conceptual que intenta demostrar, en particular, que las diferencias entre hombres y mujeres no son solo

debidas a su determinación biológica sino también a las diferencias culturales asignadas a los seres humanos.

En efecto, esta metodología incorpora criterios interpretativos novedosos vinculados a cuestiones fácticas –reconocimiento de prejuicios sociales y estereotipos; discriminación estructural, interseccionalidad de las discriminaciones; etc.-, probatorias –exigencias reforzadas de diligencia que importan reglas jurídicas de protección con impacto en la admisibilidad de la prueba, su producción y valoración y de interpretación y aplicación de las normas jurídicas -a la luz de los principios y derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y leyes nacionales como la ley 26.485 de Violencia contra la Mujer- que necesariamente deberán explicitarse al momento de pronunciarse el juez o la jueza y justificar su decisión.

Lo hasta aquí dicho obliga a un análisis más riguroso y profundo de cada situación particular sometida a juzgamiento.

Implica, por un lado, una crítica a la visión del mundo en clave masculina y, por el otro, una relectura y resignificación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política. En rigor, de lo que se trata es de hacer relecturas, resignificaciones y reconceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado de la realidad; de la aplicación de las normas e instrumentos internacionales de derechos humanos para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias (v. “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008, p. 12).

Su importancia ha sido puesta de resalto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al expresar que “la perspectiva de género no es una ‘teoría’, mucho menos una ‘ideología’”, por el contrario, es “una herramienta clave” que sirve para erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; a la vez que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en función de su género” (v. CIDH, “El Reconocimiento de los Derechos de las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, párr. 64, 2019).

A) Fundamento normativo. Principio de igualdad y no discriminación.

El enfoque tradicional del principio de igualdad (conf. arts. 14, 15, 16, 18, CN) ha sido un enfoque formal, consistente en no conceder excepciones ni privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en igualdad de circunstancias. Sin embargo, este era un enfoque limitado toda vez que no contemplaba la situación de grupos desaventajados o personas en situación de desigualdad estructural y se desentendió de las desigualdades de trato. Sólo tomaba en cuenta las desigualdades provenientes de la norma, del legislador, pero no las originadas de la aplicación de la ley ni del impacto de la aplicación de un dispositivo legal neutral sobre determinados grupos.

A partir de la reforma constitucional de 1994 y de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos mediante el art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna (art. 16, CN; 1, DUDH; 1.1 y 24, CADH), arriba un nuevo paradigma de igualdad, el de la igualdad real de oportunidades y de trato, del cual deriva un nuevo enfoque de la directriz examinada teniendo en cuenta que muchas veces no aparece en la norma la discriminación, sino que es el resultado de ciertos prejuicios, estereotipos o prácticas sociales.

Sobre el punto, se ha precisado que la discriminación es sustancialmente la resultante de una actitud cultural, de la percepción que una determinada cultura ha erigido respecto de un conjunto de sujetos. En estos casos, se trata de desigualdades estructurales que deben ser superadas a partir de considerarse como un todo. Por lo tanto, no es suficiente con actitudes individuales de no discriminación, sino que son necesarios cambios estructurales y políticas públicas.

En esencia, la no discriminación junto con la garantía de igualdad ante la ley constituye un principio básico y general relativo a la protección de los Derechos Humanos.

El art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de asegurar su libre y pleno ejercicio “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su art. 2 inc. c) obliga a los Estados partes a establecer la protección jurídica de los derechos de las mujeres sobre una base de igualdad con los hombres y a garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, su protección efectiva contra todo acto de discriminación. Asimismo, el art. 15.1. determina la obligación de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

De estas normativas surgen, a su vez, las bases para la eliminación de los estereotipos de género.

En efecto, el Sistema Americano de Derechos Humanos ha afirmado que “los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia” (v. caso “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala”, 2017, parr. 173; caso “López Soto y otros vs. Venezuela”, 2018, párr. 326).

Asimismo, el Comité de la CEDAW ha sostenido reiteradamente que “la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo” (v. caso “Vertido vs. Filipinas”, 2008), en tanto la CIDH -en idéntico sentido- ha expresado que “los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios judiciales” (v. Caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, 2020).

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en su art. 7 determina la obligación de los Estados de modificar las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos y mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (incs. e, f y g).

En suma, los Estados están obligados a asegurar que las mujeres cuenten con un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y puedan confiar en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por supuestos sesgados. La eliminación

de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia (CEDAW: Recomendación General 33, párr. 28).

B) Fundamento filosófico. Función transformadora del derecho.

La introducción de nuevas concepciones o discusiones en el ejercicio de la judicatura producen cambios en el desarrollo de dicha actividad y en su resultado.

El derecho tiene sentido para la práctica. Para solucionar cuestiones de convivencia, erradicar injusticias y desigualdades.

Juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico. Toda vez que actúa sobre las personas, los hechos y las normas, a través de una visión crítica de la realidad. Se trata de un método crítico de conocimiento de la norma, tanto sustantiva como procesal, así como de expresión de resoluciones, en virtud del cual se desechan estereotipos y roles discriminatorios, permitiendo visualizar, reparar y dignificar a quien parte de una situación social de desventaja y desigualdad.

Por tal motivo, la argumentación jurídica con perspectiva de género no solo se construye en base a la identificación de estereotipos, sino mediante la incorporación del contexto en el que se produce la desigualdad, poniendo en evidencia la discriminación estructural e histórica sufrida por las minorías sexuales.

Se busca a través del dictado de las sentencias lograr no solo un efecto reparador o restitutivo para el caso particular sino también correctivo para la sociedad en general en tanto provocan cambios estructurales, desarticulando aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación (v. CIDH, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 2012).

En suma, la erradicación de estereotipos a través de la argumentación de las sentencias importa un proceso de transformación social y cultural para la eliminación de las lógicas y sesgos discriminatorios y para la concreción del principio de igualdad.

METODOLOGÍA PARA JUZGAR Y ARGUMENTAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Teniendo en cuenta que estamos situados en el marco de los derechos humanos, cuya naturaleza jurídica y contenido es muchas veces indeterminado,

cabe en primer lugar destacar que ello exige que quien argumenta a partir de ellos exponga razones y justificaciones que sustenten tanto su existencia como sus alcances y sus límites (v. Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos de México, 2013).

La argumentación jurídica con perspectiva de derechos humanos requiere la consideración del contexto y características de la persona titular del derecho; y en particular, en lo que respecta a la temática que aquí nos ocupa, el enfoque de género, la observación de las dinámicas de las relaciones de poder que se establecen a partir de la identidad sexogenérica de las personas y que pueden propiciar desigualdad.

Este enfoque o perspectiva de análisis no es sino la valoración jurídica de las diferencias -en rigor, de los grupos en situación de vulnerabilidad- orientada al cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación y para ello es necesario:

- Recurrir al marco normativo nacional e internacional de protección de los derechos humanos
- Implementar en la argumentación del caso razones que demuestren las condiciones materiales, estructurales y normativas que colocan a la persona en desventaja para el pleno goce de sus derechos:
- Acreditar la necesidad de incluir como parte de la reparación del daño, medidas de compensación que permitan a la persona superar la condición de vulnerabilidad en que se encuentra.

A) Análisis de los hechos

Constatación de una relación desequilibrada de poder. Identificación de estereotipos.

Tal como fuera antes señalado, no obstante, las consagraciones formales del principio de igualdad y no discriminación en casi la totalidad de los instrumentos normativos internacionales, lo cierto es que el derecho no se había abocado a examinar las desigualdades estructurales existentes en la sociedad, como así tampoco los operadores jurídicos a la hora de impartir justicia.

Es por ello que la argumentación jurídica con perspectiva de género exige que se tome en cuenta el contexto de la persona titular de los derechos que se presumen vulnerados.

En primer lugar, es preciso observar ciertas variables –como, por ejemplo, la constatación de una relación desigual de poder o de un contexto de desigualdad

estructural basada en el sexo o en el género -para no caer en el reduccionismo de creer que la sola presencia de mujeres en el caso en juzgamiento merece el abordaje con perspectiva de género.

Para ello es necesario reconocer la presencia de roles, estereotipos o prejuicios en el caso analizado.

Esta tarea no es sencilla, habida cuenta de que los estereotipos no resultan fácilmente identificables en tanto impregnan nuestro modo de ver el mundo. Es necesario efectuar una crítica reflexiva, una interpelación sobre nuestro propio sistema de ideas y valores a la luz del discurso de los derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación en función del género.

Explican Rebecca Cook y Simone Cusack que asignar estereotipos es parte de la naturaleza humana. Es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro. Los estereotipos afectan tanto a hombres como a mujeres. Sin embargo, con frecuencia tienen un efecto flagrante sobre estas.

Un estereotipo puede definirse entonces como una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (v.g. mujeres, lesbianas, adolescentes). Según esta definición, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v.g. los adolescentes son irresponsables), o tienen roles específicos (v.g. las mujeres son cuidadoras por naturaleza).

Los estereotipos de género han sido clasificados de la siguiente manera:

1. Estereotipos de sexo: Nociones generalizadas o preconcepciones que conciernen a los atributos o características de naturaleza física o biológica que poseen los hombres y las mujeres. Las mujeres son débiles y frágiles. Los

varones son fuertes y saben ejercer la autoridad. Las mujeres son emocionalmente inestables.

2. Estereotipos sexuales: Nociones generalizadas o preconcepciones sobre características o comportamientos sexuales que son, o deberían ser, poseídos por mujeres y hombres. Operan para demarcar las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina. Las mujeres como propiedad sexual de los hombres. Los hombres tienen impulsos sexuales que no pueden controlar. Las mujeres aprecian los piropos.
3. Estereotipos sobre los roles sexuales: Se basen en las diferencias biológicas de los sexos para determinar cuáles serían los roles o comportamientos sociales y culturales apropiados de hombres y mujeres (se construyen sobre los estereotipos de sexo). Los hombres deben ser los proveedores primarios de sus familias y las mujeres, madres y amas de casa. Los niños están mejor cuidados por la madre. Los varones no saben vincularse con los niños en la primera infancia.
4. Estereotipos compuestos: Reflejan pre concepciones falsas sobre diferentes subcategorías de mujeres y evolucionan de acuerdo con las diferentes articulaciones que existen sobre el patriarcado y las estructuras de poder. Las mujeres lesbianas no pueden ser buenas madres. Las mujeres no saben ejercer la autoridad. Los varones no saben ser cuidadosos. El trabajo manual lo realizan mejor las mujeres porque son más delicadas.

Asimismo, se han definido una serie de preguntas que pueden resultar útiles para exponer y reconocer los prejuicios causados por la estereotipación de las mujeres:

- ¿Se le está negando un beneficio a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?
- ¿Se le está imponiendo una carga a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?
- ¿Se degrada a las mujeres, se minimiza su dignidad o se las marginaliza de alguna manera en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?

Todas estas pautas resultan fundamentales a los fines de reconocer e identificar las desigualdades estructurales existentes en la sociedad y esenciales para arribar a una solución adecuada y acorde al principio de igualdad y no

discriminación, toda vez que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo; siendo una obligación del Estado ejercer la diligencia debida para eliminar los estereotipos de género (v. CEDAW, Comunicación 18/2008).

Se habla así de una amplificación argumentativa en los casos de juzgamiento con perspectiva de género pues se debe recurrir a percepciones con una mirada contextualizada con sustento en parámetros de la discriminación estructural y la interseccionalidad, toda vez que ello permite que los sistemas de justicia sean adaptados y adecuados a esas mayores necesidades.

En lo que respecta a la “discriminación estructural”, resulta esclarecedora la Recomendación General Nro. 29 de la CEDAW en tanto ha expresado -al marcar las pautas para alcanzar un régimen igualitario de jure y de facto de las relaciones familiares y las consecuencias económicas de la disolución del matrimonio-, que

“la igualdad sustantiva sólo puede lograrse si los Estados partes examinan la aplicación y los efectos de las leyes y políticas y velan por que estas garanticen una igualdad de hecho que tenga en cuenta la desventaja o exclusión de la mujer. Por lo que respecta a las dimensiones económicas de las relaciones familiares, un enfoque basado en la igualdad sustantiva debe abordar cuestiones como la discriminación en la educación y el empleo, la compatibilidad entre las exigencias laborales y las necesidades familiares y las repercusiones de los estereotipos y roles de género en la capacidad económica de la mujer”.

A modo de ejemplo puede citarse el voto del doctor de Lázzari en la causa C.122.255, “C.,M.S.” (sent. del 24-II-2021) de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sufragio que, si bien quedó en minoría, evidencia que solo al realizar un análisis profundo de la realidad y mostrando las iniquidades existentes se puede llegar a una solución justa del caso. Allí con la lucidez que lo caracterizaba expresó:

“Pero aquí no estamos en presencia de un crédito común y corriente al cual sí cabe aplicar esa concepción común y corriente. Aquí estamos en otro territorio. Lo he descripto suficientemente en la primera cuestión, recordando que constituye el perfecto ejemplo de obstinado incumplimiento de la obligación alimentaria por un progenitor que, utilizando distintos métodos, a lo largo de décadas se desentendió de la suerte de su hija. Una demanda iniciada en el año 1999 fue resistida con malas artes por el obligado. Cambió reiteradamente de domicilio imposibilitando ser notificado. Cuando se pudo trabar embargo sobre su sueldo renunció al trabajo. Evidenció toda suerte de

artilugios para no cumplir su deber alimentario. Veintiún años después, luego de ímprobos gestiones, el deudor fue ubicado y se hallaron bienes sobre los que efectivizar la deuda. En la liquidación pertinente la parte actora incluyó los intereses de esos veintiún años. Y ahora sí, el órgano jurisdiccional que había defecionado al dictar la sentencia, el mismo que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 163 inc. 6 del Código Procesal Civil y Comercial debía dictar un fallo conteniendo la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, ahora sí recordó sus poderes, deberes y facultades y de oficio desestimó la inclusión del rubro porque... en la sentencia habían sido omitidos. Nunca más gráfico el castigo y la burla para la razón de la actora y el premio para la sinrazón del demandado”.

En el considerando siguiente De Lazzari profundiza:

“El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra nuestra Constitución en su art. 15 exige un proceso justo. En él operan los principios procesales, que encarnan valores cuya realización ha procurado el legislador. Estos principios toleran adaptaciones y flexibilizaciones según las circunstancias y deben ser interpretados de consuno con las particularidades de la realidad en la que tienen que operar, siendo susceptibles de jerarquizaciones o prioridades. Los principios procesales”son esencialmente mutables al responder a realidades históricas, sociales, económicas, políticas, que caracterizan determinadas circunstancias en un ámbito territorial específico” (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, “Códigos...”, Tomo I, pág. 74 y nota 6 y pág. 569). Además, en los procesos de familia adquieren un matiz diferencial (arts. 705/711, Cód. Civ. y Com.)”

“Decíamos que en el caso no estamos discurrendo en torno a un crédito común. Pocas consideraciones se requieren para demostrar su excepcionalidad. Veintiún años de penurias persiguiendo al recalitrante progenitor que se desentendió de su obligación alimentaria. Veintiún años durante los cuales cada día la madre de la niña se hizo cargo íntegramente de la subsistencia de la alimentada. Desde un juzgamiento con perspectiva de género, visualizamos aquí un tratamiento hacia la mujer que, escudado en abstractos conceptos, termina por ratificar La intrínseca desigualdad que históricamente ha padecido”.

“Todo esto está en juego en el caso. Mal puede entonces sacrificarse esta realidad en el altar del respeto irrestricto del principio de preclusión, de la pureza de los conceptos procesales y en la acumulación de citas de fallos que serán muy correctos pero que nada tienen que ver con la vivencia existencial que nos concita. Más me preocupa entonces la justa solución del caso que la compatibilidad con un sistema procesal que no fue pensado para casos como el presente”.

También al pronunciar su voto en el precedente C.116.677, “Andrada” (sent. de 25-X-2017), arroja luz sobre la cuestión a resolver, enseñando:

“Un examen integral de los hechos y de las circunstancias sociales y culturales que rodean el caso, que no es sino el contexto en el cual debe analizarse la cuestión debatida, me convence de la solución que propicio. En efecto, es necesario hacer base del caso sobre el contexto vivencial de las personas involucradas. Desde allí se impone, por imperativo ético y convencional, una perspectiva basada en la igualdad de géneros, para advertir en el caso la existencia de una sociedad de hecho entre un hombre y una mujer que habían mantenido una relación de pareja durante décadas.

En relación a los aportes comunes (de trabajo o capital), todos los testigos son contestes en sus declaraciones sobre la labor mutua y cooperativa desarrollada por la pareja. La atención y cuidado del negocio común, compartiendo tareas como ha quedado probado y firme.

Debe tenerse en cuenta que aun cuando parte de los beneficios de la actividad común se destinaba a la subsistencia de los convivientes, hubo un excedente, no de otra forma se explica, por ejemplo, la adquisición de un vehículo de alta gama o la adquisición de inmuebles registrados en cabeza del masculino de la pareja. Ese excedente claramente fue reinvertido en tal bien como en otros que no ingresaron al patrimonio de la demandada, pero la decisión de titularidad de los bienes ha resultado en un marco cultural y social que lleva ínsita la raigambre patriarcal de nuestra sociedad. Omitir tal aspecto nos aleja sensiblemente del contexto de las cosas y de una solución acorde a las exigencias constitucionales y convencionales de nuestros tiempos.

Desde otra perspectiva, y aceptando que determinados objetos forman parte de la sociedad de hecho pero otros no, se estaría plasmando una discriminación disvaliosa para la demandada donde sólo aquello propio de su trabajo cotidiano sí forma parte de la sociedad pero los beneficios de la misma y los objetos adquiridos con las ganancias de dicho emprendimiento para beneficio y disfrute de la pareja, no. Es decir, plasmar que, se es socio en el trabajo continuo y en la generación de ganancias, pero no en el goce concreto de las mismas.

Es inevitable observar que la demandada es mujer, ama de casa, trabajadora (sin sueldo ni derechos sociales) y conviviente. Es desde aquí que se entiende que las inscripciones registrales de algunos de los bienes se hayan realizado a nombre del integrante masculino de la sociedad. Es así que, atento a la necesaria perspectiva de género que debe adoptar la magistratura impartiendo una justicia igualitaria que abandone los estereotipos de una sociedad patriarcal superando las discriminaciones por género,

debe analizarse la situación jurídica de los bienes que han sido adquiridos una vez iniciada la vida del ente societario”.

En cuanto al criterio interpretativo adicional de la “perspectiva interseccional” que ayuda a detectar discriminaciones específicas, la Recomendación General Nro. 25 de la CEDAW ha puntualizado que “las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta y otros factores”. Resaltando que “quizás sea necesario que los Estados partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene”.

Sobre el punto, resulta oportuno resaltar la sentencia adoptada -por mayoría de fundamentos- en la causa C.118.472, “G., A.M.” (sent. de 4-XI-2015) de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la cual, habiéndose identificado relaciones asimétricas de poder y de desigualdad estructural derivadas de un cuadro de violencia familiar y sexual que afectaba a una mujer con discapacidad, sin recursos económicos para su subsistencia y sus hijos menores de edad, el Tribunal ordenó determinadas medidas en orden a lograr la recuperación y protección de los derechos gravemente vulnerados de la madre G., la adolescente R. los niños:

- Se instruyeron medidas concretas de acción en la instancia de grado para que se resuelva el problema habitacional de la mujer, a fines de que se impida – con efectividad- el contacto con el agresor, disponiéndose además que se le brinde ayuda psicosocial (punto b).
- Con respecto a la adolescente, se determinó que debía realizarse un seguimiento para que, en el supuesto de no concretarse la adopción, se provean medidas de sostén especial para posicionarla de un mejor modo para enfrentar la adultez -becas de educación y otros planes- con atención presupuestaria prioritaria (punto c).
- Se solicitaron explicaciones al juez de garantías interviniente sobre las actuaciones llevadas a cabo en torno a la investigación penal derivada de la causa de abuso sexual (punto d).
- Se recomendó a la responsable del Registro de Violencia Familiar junto al Consejo Consultivo de Violencia Familiar y de Género la elaboración de un

Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género para ser elevado ante la Suprema Corte (punto d).

El poder judicial en su rol institucional debe velar por una administración de justicia que tenga en cuenta las relaciones entre hombres y mujeres acorde a la igualdad sustantiva que pregonan la Constitución nacional y los Tratados internacionales de derechos humanos y debe asumir el compromiso de generar herramientas que aseguren el dictado de pronunciamientos justos, a partir de una interpretación de los hechos y el derecho que no reproduzca las prácticas discriminatorias.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha asumido este vital compromiso en diversos pronunciamientos:

“El juzgar con perspectiva de género propende a garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y una tutela judicial efectiva, evitando la reproducción de estereotipos que dan por supuesto el modo en que deben comportarse las personas en función de su sexo o género” (causas P. 125.687, “V., R.E.”, sent. de 23/10/2019; P. 132.936, “Altuve”, sent. de 18/08/2020; P. 133.669, “Merola”, sent. de 05/07/2021; P. 133.508, “Maciel”, sent. de 24/09/2021; P. 134.775, “D., G. J.”, sent. De 03/11/2021; P. 134.584, “Altuve”, sent. de 16/12/2021).

“El juzgamiento con perspectiva de género resulta especialmente significativo teniendo en cuenta el compromiso que asumió el Estado argentino de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, y establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (arts. 4 inc. g, 7 incs. “b” y f y 9, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará-, aprobada por la ley 24.632). Un juzgamiento con perspectiva de género impone emplear una mirada contextualizada de los hechos, incluyendo cuál era la situación de la mujer en el círculo de la violencia -en particular tratándose de quien cursaba un embarazo-, para indagar los motivos que llevaron a la víctima a tener interés en desdecirse de las denuncias, en esa dinámica vincular que responde a criterios específicos (v. XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, donde se describe el Ciclo de Violencia diseñado por Leonor Walker, en el Protocolo Judicial para casos de Violencia de Género contra las Mujeres, 2014, págs. 20/21). Sólo desde esa perspectiva podrían obtenerse conclusiones válidas sobre las distintas narraciones de la mujer” (causa P. 134.775, “D., G. J.”, sent. de 03/11/2021).

B) Faz probatoria

Debida diligencia en la recolección de elementos probatorios. Estándar de protección de las mujeres. Amplitud probatoria. Revisión de la carga probatoria.

Vinculado con el análisis de los hechos y el contexto en el cual se detecta el desequilibrio o la discriminación, se ha expresado que se debe disponer una mayor diligencia para la recolección de las pruebas, afirmándose que la obtención del material probatorio en estos casos permite la oficiosidad para determinar si están presentes factores de desigualdad real entre las partes.

Esta información en tanto tiene la virtualidad de documentar la discriminación estructural e interseccional va a servir de punto de partida no solo para garantizar un tratamiento especial de la víctima durante todo el proceso y adoptar las medidas de protección que sean necesarias -cuando las mujeres se vean sometidas a intimidaciones, represalias o riesgos- sino también para esclarecer la fundamentación del fallo y su argumentación (v. CEDAW, Recomendación Nro. 33, “Orientación internacional y mejores prácticas sobre la protección de las víctimas y sus familias contra la intimidación, las represalias y la nueva victimización”).

Una vez más la voz del doctor de Lázari, al emitir su voto en la causa C.118.472, “G., A.M.” (sent. de 4-XI-2015) es esclarecedora sobre el punto:

“Frente al deber de garantía y desde la aplicación del método de perspectiva de género para juzgar y una noción más robusta de igualdad -estructural o material-, una vez detectada la presencia de relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, se identifica el problema en su real dimensión. A partir de esta herramienta que posibilita el quehacer jurisdiccional, y con el paraguas protector de la normativa aplicable al caso (arts. 2, 3, 6 y 7 incs. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 16, 17 y 18 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; 24 de la Convención Americana; Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrs. 10, 12 y 17; Recomendación General 28 de la C.E.D.A.W., párr. 18; C.I.D.H., art. 16 inc. I de la ley 26.485) se provoca, a través de las medidas transformativas (habitacional que impida el contacto con el agresor, ayuda psicosocial y asignación privilegiada de recursos públicos del área de auxilio familiar prevista expresamente por los arts. 6 y 7 de la ley 13.298), un cambio real de oportunidades de vida para que de esta forma se garantice el derecho de la víctima a vivir una vida libre de violencia”.

Otro avance con relación a la prueba como vía para garantizar la igualdad ante posibles desventajas o vulnerabilidad de alguna de las partes, consiste en recurrir a la aplicación del principio de amplitud probatoria. Esta directriz permite generar condiciones de equidad y apreciar la prueba de una manera más flexible – sin quebrantar el principio de imparcialidad- teniendo en cuenta que muchas no se dispone de prueba directa, cobrando especial importancia el uso de indicios (v. Ley 26.485, Ley de Protección Integral de las Mujeres; Ley 12.569, Ley de Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires).

Asimismo, la citada Recomendación de la CEDAW señala la necesidad de mejorar la respuesta de la justicia penal a la violencia doméstica, a través de la grabación de las llamadas de emergencia, pruebas fotográficas, informes de médicos o trabajadores sociales, etc. Encontrándonos así ante obligaciones reforzadas por parte del Estado y estándares específicos respecto de la obligación de investigar.

Por otro lado, la presencia de una situación de desequilibrio de poder impone revisar las normas sobre la carga de la prueba como un mecanismo indispensable para garantizar la igualdad entre las partes.

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Sisnero” (932, L.XLVI, Sisnero, Mirtha Graciela y otros contra Tadelva SRL y otros. Amparo”, sent. de 20-V-2014 sostuvo la siguiente regla de reparto probatorio:

“Para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (...) “si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que se pueda presumir su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia”.

C) Análisis del derecho

Revisión de la norma jurídica. Cuestionamiento de su pretendida neutralidad. Tipos de argumentos.

El enfoque de género requiere no solo identificar las normas, principios y estándares jurídicos previstos en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, sino también revisar el carácter neutral de las disposiciones legales implicadas y su impacto diferenciado respecto de las mujeres.

Se promueve así el análisis de la aparente neutralidad de las normas jurídicas para determinar si su aplicación conlleva alguna forma discriminatoria. Se parte del hecho de que las leyes no necesariamente son neutrales, sino que su naturaleza y trasfondo depende muchas veces de los valores dominantes y creencias de quienes las crearon.

Los estudios de género develan que el derecho es androcéntrico en tanto su construcción, producción y reproducción se ha basado en el hombre como medida de lo humano. Al no considerar los puntos de vistas ni experiencias de las mujeres, tiene un enfoque masculino lo que genera la parcialidad de la mirada y el sesgo de género que lo impregna. En consecuencia, en tanto el derecho no es neutro al género, su interpretación y aplicación, con prescindencia de las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres, deviene discriminatoria en torno a estas últimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el concepto de discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique (v. caso “Artavia Murillo y otros - Fecundación in vitro- vs. Costa Rica”, 2012).

En este sentido se ha señalado que, en el caso de las discriminaciones indirectas, hace falta probar el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo. En este caso, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos que demuestren que el supuesto sesgo “invisible” o “neutral” en la adopción de decisiones tiene un efecto dispar sobre algún grupo o grupos determinados (v. CIDH, Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007; Guía Interactiva Estándares Internacionales de Derechos de las Mujeres de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

En suma, en la labor a desarrollar se deberá deconstruir la norma jurídica y cuestionar su pretendida neutralidad, argumentando en la sentencia las desigualdades detectadas. Esto comprende la tarea de explicitar las falacias que entrañan los prejuicios de género, las que en muchas ocasiones acarrearán la incorrección de las normas.

Para ello es imprescindible desarrollar detectar e identificar las normas jurídicas que sostengan los roles socialmente asignados de manera diferenciada a hombres y mujeres y las disposiciones legales que de manera directa o indirecta las discriminan.

Debe realizarse un ejercicio interpretativo de la premisa normativa. Esto es, debe atribuirse al enunciado un significado que se considere adecuado y, a su vez, debe justificarse dicha elección dando razones que respalden la atribución del significado dado.

Es aquí donde cobran relevancia como criterios de valoración y guía de las decisiones de atribución de significado los distintos tipos de argumentos.

En primer lugar, cabe destacar que la simple mención formal de una fuente normativa en materia de equidad de género no garantiza el derecho de igualdad. Esto es, la mera mención de un argumento de autoridad no es suficiente. Debe hacerse un ejercicio que va más allá de la aplicación de una norma a un caso concreto, el mero silogismo judicial. Como se anticipó, se debe cuestionar la supuesta neutralidad de las normas, determinar el marco normativo adecuado para resolver de la forma más apegada al principio de igualdad y no discriminación y explicitar el significado y alcance que corresponde dar al dispositivo legal aplicable al caso a la luz de la mentada directriz.

A los fines de llevar a cabo esta tarea, hay ciertos argumentos que pueden ser considerados aptos para un uso favorable a la perspectiva de género. Entre ellos pueden mencionarse:

El argumento teleológico

Este argumento consiste en justificar la atribución de un significado apelando a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin. El fundamento del argumento es que lo que se fundamenta tiene un fin previsto.

Justifica la elección de aquella interpretación, de las posibles, que provoque una aplicación de la norma interpretada en la que el fin de la norma se cumpla mejor o en mayor medida que en las otras interpretaciones posibles.

Para asignar el fin de la norma, hay dos tipos de interpretación teleológica, la subjetivo-teleológica y la objetivo-teleológica. La primera, se basa en el fin querido por el autor. El segundo es un criterio de interpretación que pone como referencia para la elección entre interpretaciones posibles la finalidad de la norma, pero

entendiendo que esa finalidad hay que verla o concebirla desde el sentir, los presupuestos y las necesidades de la sociedad *actual*, de hoy, del momento en que va a ser aplicada la norma que interpretamos. También se suele decir que se trata de tomar en consideración el fin con que el legislador de nuestro tiempo dictaría un precepto así, en el caso de que fuera él el que lo creara, en lugar del legislador antiguo que lo puso en circulación.

De allí la importancia de utilizar este tipo de argumento.

El argumento basado en principios

Este argumento es desarrollado a partir de las teorías de Dworkin y Alexy en tanto proponen una explicación del derecho no positivista que incluye a los “principios jurídicos” como un elemento con virtualidad para explicar el fenómeno jurídico. Esto implica, además, la apertura del derecho a otro tipo de conocimiento como la filosofía del derecho y la inclusión de elementos morales en el derecho (como en el caso de Alexy, los principios se pueden considerar una juridificación de los valores), puesto que los principios, si bien tienen forma jurídica (son normas), manifiestan una dimensión de la moralidad.

Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico. La ponderación es la manera de aplicar los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o jueza pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto.

En lo que aquí concierne el peso del principio de igualdad y no discriminación en el desarrollo de la argumentación reviste un rol fundamental.

El argumento pragmático

Este es un argumento consecuencialista (Perelman). Consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan (o la inconveniencia de otro significado posible) por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan. El que la utiliza no siente la necesidad de justificar ni la bondad de las consecuencias. Se considera que existe

una especie de consenso, obtenido a través de nociones ligadas a las ideas de lo norma, lo previsible, lo razonable.

Resaltar en el fallo los efectos que tiene la adopción de determinada solución jurídica es esencial en materia de género, para demostrar cómo es posible erradicar las desigualdades y la violencia hacia la mujer.

El argumento sistemático

Es aquel que para la atribución de significado a un precepto tiene en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico; la conexión material entre preceptos que regulan la misma materia. Las razones lógicas que apelan a la unidad íntima de conexión de los apartados de un artículo y los motivos gramaticales, que exigen tomar en consideración la totalidad del artículo para entender o interpretar una parte.

Entiende al derecho como un “sistema”, el cual puede ser definido como una totalidad axiológicamente coherente, lógicamente consistente y completa. Este argumento tiene íntima conexión con el argumento ad coherencia, el que presupone la previa coherencia interna del ordenamiento como un todo y una coherencia externa, de éste con el bloque constitucional, en el que se encuentran los derechos humanos positivizados, los principios y los valores. Por lo tanto, apela al diálogo de fuentes y busca encontrar la “coherencia” de las normas.

La utilización de este tipo de argumentos permite pues dotar a una determinada interpretación de un contenido armónico y coherente con el derecho internacional de los derechos humanos.

Por el contrario, hay otros argumentos que resultan menos útiles para juzgar con perspectiva de género como, por ejemplo:

El argumento histórico

Es aquel que sirve para atribuir a un enunciado un significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado actual regula.

En tal sentido, dada la época de producción de la gran mayoría de las normas, dota de una mirada conservadora y muchas veces anacrónica la disposición que se pretende interpretar.

El argumento semántico o literal

Es aquel que atribuye a las disposiciones normativas el significado proveniente de las palabras utilizadas por el legislador, que por regla general corresponderá al sentido común y ordinario del cual se dotan. Este argumento es mayormente respetado en las culturas jurídicas que atribuyen gran valor a la ley como fuente del derecho y tiene como contrapartida la rigidez que asigna a la labor interpretativa del juez o la jueza.

Este argumento, en tanto tiende a efectuar el análisis según cánones y categorías tradicionales, no es de gran utilidad.

En conclusión, lo hasta aquí señalado demuestra que la argumentación con perspectiva de género requiere una mayor exigencia a la hora de justificar el significado de la premisa normativa aplicable al caso y desarrollar los mejores argumentos para evidenciar la discriminación o desigualdad que subyace en la norma jurídica y que se pretende erradicar.

D) Análisis del lenguaje

Finalmente, es imprescindible poner el acento en el rol del lenguaje al momento de argumentar. El uso de la palabra no es neutro y siempre tiene un valor argumentativo.

El juez o la jueza a la hora de sentenciar se apropia y hace uso del sistema lingüístico, dejando sus huellas inevitablemente plasmadas en el discurso.

Por la experiencia del uso cotidiano de la lengua, sabido es que existen múltiples formas de expresar las cosas y que, de acuerdo a las elecciones que se realicen, darán lugar a unas u otras interpretaciones.

Así, la interpretación o el efecto de sentido varía, aunque muchas veces se crea que se están empleando expresiones sinónimas. En efecto, la lengua es precisa, no existen palabras que comuniquen exactamente lo mismo. Las palabras tienen un significado semántico que les es propio, pero además tienen un significado que está determinado por el contexto discursivo en el que aparecen. Por eso, a la hora de escribir, el juez o la jueza, entre otras cuestiones, deben estar atento a lo siguiente:

1) A la imagen de sí mismo que quiere dejar plasmada en -discurso (el ethos): neutral, vehemente, condescendiente, etc.;

2) los recursos que utilizará para el logro de esa imagen (por ejemplo, si se valdrá de procedimientos de desagentivación -como el uso del se impersonal- o no;

3) la actitud (modalidad) que asumiré frente al contenido de lo que dice: certidumbre, duda, posibilidad, necesidad, etc. (es cierto que..., es indudable que..., es posible que..., es necesario que..., etc.);

4) la valoración que le imprimiré a los sustantivos, adjetivos, adverbios, verbos, construcciones y otros términos: afectiva, evaluativa, elogiosa, peyorativa, etc.

5) la manera de incorporar las voces ajenas (mediante citas directas o citas indirectas).

Sumado a ello, la perspectiva de género requiere otorgarle aún más importancia a la semántica toda vez que la precisión lingüística hace a la precisión de la realidad.

Alda Facio y Lorena Fries (2005) nos recuerdan que el lenguaje es un fenómeno social presente en casi todas las especies. Sin embargo, en la especie humana es donde ha llegado a su mayor desarrollo: habita y crea vida social. A través del lenguaje se ve reflejado el modelo de sociedad existente en un determinado lugar y en un período histórico específico. Ninguna sociedad vive al margen de su lenguaje sino más bien existe en él. De allí que todas las posibilidades de acciones y coordinaciones posibles entre los seres humanos estén registradas en el lenguaje y, por lo tanto, dan cuenta de la realidad en que están viviendo los hombres y mujeres de una determinada cultura. A la vez, el lenguaje también genera realidad en tanto constituye la principal forma de relacionarse con otros y otras y de coordinar acciones de convivencia.

Así ante una cultura en que el lenguaje no registra la existencia de un sujeto femenino, se puede concluir que no existen las mujeres o que éstas no son vistas como sujetos de dicha cultura. Al mismo tiempo el uso de un “lenguaje ginope” que prescinde del sujeto femenino consolida y proyecta hacia el futuro una sociedad en donde la mujer no vale lo mismo que el varón.

El uso del masculino como un supuesto genérico tiene como efecto considerar lo masculino como central, normativizado y habitual, mientras que el femenino aparece como residual, excepcional o desviado de la norma (v. HCDN, Guía para el uso de un lenguaje no sexista e igualitario, pp. 31-34).

La invisibilidad de las mujeres en el lenguaje, la imperceptibilidad de lo femenino, su falta de mención en las producciones jurídicas en general y en las

sentencias en particular no son casuales. El lenguaje expresado en masculino, como referente universal, integra el discurso jurídico y, a su vez, es reproductor de un orden social que ha privilegiado y favorecido la masculino.

De allí que se debe fomentar el uso de un lenguaje de género sensitivo, inclusivo e igualitario, toda vez que con el empleo de expresiones sexistas se perpetua la discriminación y las desigualdades que se intentan erradicar.

En rigor, las expresiones jurídicas deben manifestarse en lenguaje no sexista, evitando generalizaciones del masculino (masculino genérico), para situaciones o actividades donde aparecen mujeres y hombres; como así también palabras que denigran a las personas o que promuevan la reproducción de estereotipos de género.

También se debe evitar cualquier situación que reproduzca la idea de que hay comportamientos, valores, trabajos, actitudes, espacios o actividades propios de mujeres y de hombres ya sea por su “naturaleza”, o bien, porque la “costumbre social” así lo tiene establecido. Utilizar el lenguaje inclusivo no significa incluir os/as en las palabras sino reconocer la riqueza del idioma español, buscando términos y conceptos neutros que “incluyan” a mujeres y a hombres.

Los organismos internacionales de derechos humanos han establecido guías para el empleo de lenguaje no sexista que resultan útiles como pautas orientativas que pueden ser utilizadas por la judicatura (v. ONU, Orientaciones para el empleo de un lenguaje inclusivo en cuanto al género en español”; ACNUR, Recomendaciones para el uso de un lenguaje inclusivo de género; Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos del Mercosur, Manual pedagógico sobre el uso del lenguaje inclusivo y no sexista).

El poder de la palabra es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad, pero más aún es el poder de crear una determinada realidad.

CONCLUSIONES

El derecho puede ser un instrumento de dominación, pero también puede convertirse en una herramienta de cambio social. Esto significa que el derecho y los derechos humanos pueden contribuir a la construcción de una sociedad más justa y

equitativa, siempre que estemos dispuestos a evidenciar y dismantelar los mecanismos de poder que subyacen en ella.

Y en esta misión cumple un rol fundamental la argumentación.

Juzgar y argumentar con perspectiva de género se enfrenta a este gran desafío. Implica identificar el contexto de discriminación estructural; las normas, principios y estándares jurídicos previstos en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; examinar el principio de igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género; revisar el carácter neutral de las normas; reconocer los estereotipos de género y las estructuras y prácticas discriminatorias y fundar la norma que incorpore la aplicación de los principios mencionados, justificando la interpretación más favorable a la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural. Importa también valorar la posible adopción de medidas especiales de protección.

Tal como puede apreciarse, el discurso jurídico como expresión creadora, ética y emancipadora no se agota en su función meramente descriptiva o enunciativa, sino que se transforma en acción.

Es cuando, en palabras de Michel Foucault, el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ASÍS ROIG, R. de (1995), *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*.

Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA.

BERNAL PULIDO, C. (2005). *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CARRIÓ, G. (2006). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Lexis Nexis Abeledo Perrot.

COOK, R. y CUSACK, S. (2010). *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Traducido al español por Andrea Parra (andparra@gmail.com). Título original: Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives. University of Pennsylvania Press.

CSJN - *Guía interactiva estándares internacionales de derechos de las mujeres*.
Disponible en <https://www.csjn.gov.ar/om/guia-de-estandares> Recuperado
el 20 de octubre 2023

GIOVANNI TARELLO (2013). *La interpretación de la Ley*. Palestra Editores.

FOUCAULT, M. (1992). *El orden del discurso*. Traducción de Alberto González
Troyano Tusquets Editores, Buenos Aires. Título original: *L'ordre du discours*,
1970.

LLAMBI, M. (2021). *Argumentación jurídica y perspectiva de género: una alianza
imprescindible*. Editorial La Ley

ROSS, A. (1953) *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.

ARTÍCULOS CONSULTADOS

CARBONELL, F. (2009) *¿Jueces Filósofos? Una mirada a la relación entre la filosofía
del derecho y la función judicial*. Ponencia presentada en las III Jornadas
Argentino-Chilenas de Filosofía Jurídica y Social. Mendoza. Argentina.

CLÉRICO, L. (2018). *Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía
estándar de imparcialidad*. Colombia: Revista Derecho del Estado, Universidad
Externado de Colombia.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL (2013) *Guía de
argumentación con perspectiva de derechos humanos de México*. Axotla,
México, D. F. Disponible en
https://cdhcm.org.mx/serv_prof/pdf/argumentacionconperspectivade.pdf
Recuperado el 20 octubre 2023

FACIO, A. Y FRIES, L. (2005). *Feminismo, género y patriarcado*. Buenos Aires: Revista
sobre enseñanza de derecho de Buenos Aires.

GARCÍA AMADO, J. (1986) *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*.
Anuario de Filosofía del Derecho. Vol. III.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142099.pdf>.

GARCÍA AMADO, J. (2016). *La interpretación y sus argumentos*. Lecciones. Teoría del
Derecho [https://almacenderecho.org/la-interpretación-y-sus-argumentos-ii-
el-argumento-literal](https://almacenderecho.org/la-interpretación-y-sus-argumentos-ii-el-argumento-literal)

- GRAJALES, A. (2015). *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como "la boca de los principios"*. De la subsunción a la ponderación. SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*. San José, IIDH, Recuperado en <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/85>
- MERCOSUR - *Comisión Permanente de Género y Derecho de las Mujeres de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADH) (2018) Manual sobre el uso del lenguaje inclusivo y no sexista*. Disponible en <https://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/manual-pedagogico-sobre-el-uso-del-lenguaje-inclusivo-y-no-sexista/> Recuperado el 20 de octubre 2023
- MORENO CRUZ, R. (2012). *Argumentación jurídica, por qué y para qué*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4738/6089>
- OEA Inter-American Commission on Human Rights. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018 / Comisión Interamericana de Derechos Humanos* <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf> Recuperado el 20 Octubre 2023
- ONU - *Orientaciones para el empleo de un lenguaje inclusivo en cuanto al género en español*. Disponible en <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml> Recuperado el 20 de octubre 2023
- ONU – ACNUR *Recomendaciones para el uso de un lenguaje inclusivo de género*. Disponible en <https://www.acnur.org/media/recomendaciones-para-el-uso-de-un-lenguaje-inclusivo-de-genero> Recuperado el 20 de octubre 2023
- SOSA, M. *Investigar y juzgar con perspectiva de género*. México. <https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2021/04/Investigar-y-juzgar-con-perspectiva-de-ge%CC%81nero-2.pdf>

VÁZQUEZ SÁNCHEZ, O (2009). *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*.
<http://www.rtfed.es/numero12/04-12.pdf>.

VERBIC, F. (2018). *El rol de los jueces en la actualidad*.
https://www.academia.edu/34042066/El_rol_del_juez_en_la_actualidad.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

OEA - Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 1964.

OEA - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 14 de agosto de 1995.

OEA – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia [en las Américas]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 del 20 enero 2007

ONU - Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección:
<https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> Recuperado el 19 octubre 2023

ONU - Asamblea General, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 Diciembre 1979, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5bf30d844.html> Recuperado el 20 Octubre 2023

ONU - Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Recomendación general N° 29 relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución). 30-10-2013. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf> Recuperado el 19 octubre 2023

ONU - Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3-08-2015. Disponible en

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Recuperado el 19 octubre 2023]

ONU - Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Comunicación N° 18/2008. 29-11-2007. Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/X.%20Informes%20y%20fallos%20internacionales/Sistema%20Universal/3.%20CEDAW%2C%20Vertido%20v.%20Filipinas.pdf> Recuperado el 20 octubre 2023

Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial del 08-oct-2014.

Ley 26.485, Ley de Protección integral a las mujeres. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia, Boletín Oficial del 14-abr-2009.

Ley 12.569, Ley de Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires. Boletín Provincial del 02-Ene-2001

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Comité de la CEDAW, Caso Karen Tayag Vertido Vs. Filipinas, CEDAW/C/46/D/18/2008, adoptado el 22 de septiembre de 2010.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf

Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala.pdf>

Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Resolución del Presidente de la Corte. Sentencia del 19 de julio de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/gutierrez_19_07_16.pdf

Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la sentencia del 26 de septiembre de

- 2018 Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf
- Caso Rojas Marín y otra Vs. Perú. Convocatoria a Audiencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de julio de 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/rojas_marin_10_07_19.pdf
- Caso Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo” del 20 de mayo de 2014. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
- Caso G, A.M. Insania y curatela del 4 de noviembre 2015. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.
- Caso Andrada, Miguel Ángel contra Arturi, Carmen Andrea. División de condominio, del 25 octubre 10 de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.
- Caso C.,M.S. C., M. S. contra A., D. Ejecución de alimentos del 24 de febrero de 2021 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.
- Caso D., G. J. D., G. J. S/Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 15.559/20 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Trenque Lauquen” del 3-11-2021 C. 134.775.

EL PROCESO JUDICIAL COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. UN CASO PRÁCTICO. EL ERROR JUDICIAL.

Ruiz, José Daniel⁵⁹

ruizsurtasociados@gmail.com

CAPÍTULO I. PREFACIO. CONSIDERACIONES Y CONFESIONES PRELIMINARES

El presente artículo es un caso real. El trabajo final de la Diplomatura de Argumentación y Litigio Judicial me puso frente a una resolución de complejo abordaje sobre el tema a desarrollar. Inesperadamente tropecé con una sentencia del estudio vinculada a un accidente del trabajo en el cual el trabajador padece una elevada incapacidad. La Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Concordia declaró de oficio la inconstitucionalidad del Baremo 659/96 –hoy Decreto 49/2014-, sin que dicha declaración reportara una consecuencia jurídica diferencial para el trabajador, dañado en su integridad psicofísica. La declaración fue, formalmente en concreto, pero materialmente abstracta. Este fallo plantea varios interrogantes sobre el valor del proceso como sistema de resolución de los conflictos que los ciudadanos llevan al sistema judicial.

En dicho ejercicio evalué la gestión del conflicto por parte de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), actor *estelar* de un sistema que procesa un conflicto en el que un trabajador debe recibir prestaciones médicas y dinerarias por accidentes o enfermedades laborales.

Esto me permitió abordar, también, la argumentación jurídica. Y evaluar si el sistema (judicial) que procesó el conflicto que me trajo el cliente al estudio fue eficaz para darle una solución u operó, simplemente, como una respuesta legal.

Representó también un ejercicio del análisis de los ejes temáticos abordados en el curso, observar críticamente el rol que desempeñan los actores del proceso (la Magistratura y la Abogacía litigante).

Y darme cuenta que la *victoria jurídica* obtenida (al hacerse lugar a la demanda iniciada contra la ART por los argumentos esgrimidos para defender el

⁵⁹ José Daniel Ruiz es abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

caso) era sólo una respuesta jurídica –parcial, por cierto-, pero no la solución del conflicto real que recibí del cliente.

Luego de la sentencia de la Cámara, al no ser capaz de persuadir a mi cliente de continuar el caso hasta el Superior Tribunal -desde lo jurídico era posible modificar la sentencia- entendí que el cliente había trazado su objetivo –que catalogué arbitrariamente como económico- con mucha anterioridad que yo.

El caso nos confronta al rol que ejerce la abogacía como agente del servicio de justicia y la actuación de la magistratura, especialmente el rol funcional y constitucional del juez en el caso.

Pero también analice en paralelo el conflicto y el caso jurídico, las diferentes dimensiones del primero y cómo el segundo reduce aquéllas a lo que identifica como jurídicamente relevante, desinteresándose de lo que pasó en la realidad y limitándose a lo que estima pertinente, conducente y determinante para la resolución.

El caso es real, no el nombre del actor.

CAPÍTULO II. DISTINCIÓN ENTRE CONFLICTO Y CASO JURÍDICO

1.- El conflicto y el caso jurídico

1.A.- La biografía del conflicto

Carlos es un trabajador que actualmente tiene 50 años. Desde sus 23 años se desempeña como ordenanza de una escuela secundaria. Casado, padre de dos hijos. Fue jugador de fútbol y técnico de varios clubes de su ciudad. Así lo conocí, como jugador de fútbol. Su mujer, Gabriela, es profesora. Viven en una casa que construyeron, con sus salarios de empleados y la ayuda del PRO.CREAR.

A mediados del año 2019 vino al estudio para la primera entrevista por el accidente. En las varias entrevistas realizadas entre fines de 2019 y principios de 2020 me contó las tareas de mantenimiento que hacía en la escuela del establecimiento, uno de las de mayor matrícula en la ciudad: barrido, limpieza y encerado de pisos de pasillos, aulas, oficinas, baños y el patio interno del edificio, tareas de jardinería y mantenimiento del parqueizado de la escuela, pintura de las instalaciones, soldaduras en general, electricidad en general, limpieza de los tanques de agua ubicados en la planta alta. Por la tarde, en forma privada, hacía trabajos de

electricidad y dirigía –aunque no en forma constante- equipos de la Liga de fútbol local.

En octubre de 2018 mientras trapeaba los pisos se resbaló por la humedad existente cayendo de espalda, golpeando fuertemente contra el piso. La escuela denunció el accidente ante la ART. Los estudios revelaron la existencia de múltiples afecciones en la columna lumbar, hernias y protusiones lumbares, y consecuencias a nivel nervioso. La ART sólo ordenó reposo por 20 días como respuesta.

Transcurrido más de un mes luego del hecho la ART le informa, con una nota, que se otorgaba el alta sin incapacidad negándose atención adicional.

Carlos retorno a prestar tareas con dolor intenso, con serias limitaciones para realizar sus tareas por la fuerza y las posiciones ergonómicamente inconvenientes que implican.

El transcurso del tiempo no mejoró su situación de salud presentando cuadros de lumbociatalgia repetidos que debió tratar médicamente con su propio salario por el rechazo del siniestro por la ART y ya que la obra social no cubre gran parte de las prestaciones (sobre todo de kinesiología).

En aquellos primeros encuentros noté que caminaba rígido, con un movimiento antinatural de sus piernas y cadera. Debajo de la remera se advertía una faja lumbar.

Si bien no había perdido su complexión física de deportista y su aspecto atlético, se notaba un desmejoramiento al deambular y su cara revelaba que el dolor era casi continuo. Me imaginé cómo sería realizar el mantenimiento de un cantero con carretilla y pala en esas condiciones.

Si bien su situación de salud no era para nada llevadera Carlos tiene una actitud envidiable de sencillez frente a la vida. Aún con ese dolor insoportable siempre un comentario gracioso para romper el hielo y hacer más amena la entrevista, convirtiéndolas en una charla que me permitía indagar más allá de las secuelas que el accidente había producido.

Una vez que revisé los hechos relevantes (tanto los antecedentes médicos como los hechos ocurridos desde el accidente y hasta que Cristian vino al estudio) analicé que, más allá de la existencia de un contingencia que debía ser receptada por el sistema especial de la Ley de Riesgos del Trabajo se evidenciaba responsabilidad del empleador por la violación al principio constitucional de no dañar del art. 19 CN,

por ser quien se había servido para su provecho de la *actividad riesgosa* –en los términos del art. 1757 CCyC- y, luego, pese a estar en conocimiento del accidente y de las secuelas, continuó sometiendo al riesgo a Carlos, requiriendo la realización de sus tareas habituales y con igual intensidad. Pero la ART también debía responder integralmente por omisión de los deberes de control establecidos en la Ley 24.557, así como en las leyes de seguridad e higiene y convenciones de OIT aprobadas por ley en nuestro país ⁶⁰.

En pleno proceso de elaboración del caso acaeció la Pandemia SARS Covid-19. Profesionalmente fue un limitante trascendental ya que durante dos meses no pudimos tener contacto personal con clientes. Precisaba una entrevista para explicarle que debíamos ir a por la indemnización integral por la responsabilidad civil de su empleador y de la ART. Le expliqué que teníamos las bases para el juicio por responsabilidad civil, que eso implicaba accionar contra su empleador. Entendió perfectamente las razones y quedó en contestarme.

En abril de 2020 recibí un mensaje de audio en el que me explicaba que prefería no accionar contra su empleador por temor a recibir alguna represalia. Lo llamé para explicarle que eso no ocurriría por la estabilidad propia que lo protegía como empleado y que cualquier acción que tomaran contra él se podía repeler. También le expliqué las *ventajas* económicas que representaría si la acción integral, más del doble de la indemnización esperada que en una acción especial. Su posición se mantuvo irreductible.

Por la incapacidad que recabamos debía ser reubicado para realizar otras tareas, cuestión que solicitamos en la demanda –ver EL CASO JURÍDICO-. También debía evaluar Carlos que muy probablemente su caso motivara el retiro por incapacidad.

1.B. El caso jurídico

C.F.B. es un trabajador, maestranza de una escuela secundaria. Hasta 2018 realizó durante 23 años tareas de ordenanza que implican un considerable esfuerzo físico: mantenimiento, barrido y aseo general de 12 aulas en forma diaria, lavado de baños tres veces por día, limpieza de vidrios del establecimiento (aulas, oficinas de autoridades del Colegio, Salas de Profesores, etc.), lavado y encerado de pisos en aulas y oficinas, pintura de las instalaciones, soldaduras en general, electricidad en

⁶⁰ L. 24.557, art. 4; Decreto 410/01, Ley 19.587, Convenios 155 y 187 OIT, Decreto 351/79, etc.

general, limpieza de los tanques de agua ubicados en la planta alta, jardinería y mantenimiento del parqueizado: corte de pasto con máquina, carpido de pastos, poda de árboles. rellenados de canteros, etc.

El 23 de octubre 2018 sufrió un hecho súbito y violento que se considera la primera manifestación invalidante de una patología lumbar enlistada y un accidente de trabajo que conforme al sistema especial de riesgos del trabajo merece el otorgamiento de prestaciones dinerarias y en especie.

La responsabilidad se configura a partir de la primera manifestación invalidante y la ART sólo excusa su responsabilidad, en caso como estos, mediante un examen preocupacional.⁶¹

Por el contrario la ART brindó prestaciones y transcurrido el plazo para rechazar el accidente⁶² otorgó el alta médica sin incapacidad derivando al trabajador a su obra social por sufrir una enfermedad inculpable.

Se planteó la inconstitucionalidad tránsito administrativo previo y obligatorio⁶³ solicitando que sea el juez natural quien determine la indemnización a percibir reclamando, en base al informe médico de parte, un 73,50% de incapacidad laboral, con más la compensación adicional LRT y la indemnización adicional de pago único. Conforme el Decreto 659/2014 cuando el porcentaje por incapacidad sea igual o superior al 66% por la incorporación de los factores de ponderación, la incapacidad máxima sería 65% modificándose así el cálculo de la prestación por incapacidad y la indemnización adicional.⁶⁴ Este dato cobra especial relevancia en la sentencia de Cámara que declara la inconstitucionalidad del mencionado Decreto. También se solicitó la recalificación laboral.

Entre la prueba ofrecida teníamos especial consideración por los testigos ofrecidos, todos compañeros de trabajo o directivos de la escuela cuyos testimonios resultaron determinantes al acreditar el tipo de tareas y el esfuerzo que conlleva.

⁶¹ Art. 6 ap. 3.b) Ley 24.557 y Decreto 49/2014.

⁶² Decreto 717/96 reformado por el Decreto 1475/15, 10 ds. hábiles administrativos.

⁶³ A partir de la sanción de la ley 27.348 y la ley de adhesión provincial 10.532 todo trabajador previo a concurrir a sede judicial debe someter su caso a la resolución de la comisión médica correspondiente según su domicilio o el domicilio donde preste tareas.

⁶⁴ Art. 14 ap. 2.b) -incapacidad superior al 50 y menor al 66% de incapacidad- y art. 11 ap. 4.a) L. 24.557 que se refiere a ese inciso del art. 14 ap. 2.

2.- La Resolución del Conflicto. La sentencia de grado. Apelación y resolución de la Alzada.

2.A) Sentencia de primera instancia.

La sentencia de grado, recaída el 3 de mayo de 2022, admitió la demanda. El juez para así resolver señaló, en lo medular de su razonamiento que:

“Bajo el contexto probatorio reseñado, no me caben dudas que las patologías columnarias que padece el actor, y fueran constatadas por el perito médico forense, guardan adecuado nexo de causalidad con el accidente de trabajo que sufrió el 23/10/2018 y, sobre todo, con las tareas de ordenanza realizadas durante más 23 años en la Escuela ..., pues ha quedado claramente demostrado que las labores de aseo, barrido y limpieza de aulas, pasillos, baños, pisos y demás dependencias de una escuela grande ... como asimismo, las labores de cortado de césped, acarreo de tierra, carpido de canteros, entre otras que pusieron de manifiesto los testigos; resultan ser tareas de esfuerzo que expusieron durante más de 23 años la columna dorsolumbar del demandante a cargas, posiciones forzadas y gestos repetitivos que constituyen factores de riesgo legalmente establecidos como aptos o idóneos para desarrollar las patologías discales que presenta en su columna dorsolumbar. De ahí, que el vínculo causal o concausal entre el factor trabajo y las dolencias en la columna dorsolumbar invocadas al demandar que ciertamente padece el accionante, encuentran suficiente respaldo probatorio en las constancias del expediente. A lo anterior cabe añadir que, tratándose de una enfermedad incluida en el Listado de Enfermedades Profesionales, no requiere, en rigor, la acreditación del nexo causal pues conlleva la presunción de laboralidad en el daño o lesión causado; y solo quedará excluida de la cobertura cuando la enfermedad haya sido causada por dolo del trabajador o fuerza mayor extraña al trabajo, o cuando la misma sea preexistente a la iniciación de la relación laboral y acreditada en el examen preocupacional efectuado al trabajador (art. 6, ap. 3º, Ley 24.557); nada de lo cual acontece en el presente caso, debiendo apuntar que tampoco se acreditó la realización de examen periódico alguno.”

En base a la pericia médica se determinó que la incapacidad correspondiente era del 64,50%. Por ello determinó la correspondencia de la indemnización por incapacidad permanente parcial, la compensación adicional de pago único, y la indemnización adicional del art. 3 Ley 26.773.

2.B) Recurso de Apelación

Contra la sentencia interpusimos recurso de apelación. El recurso tenía dos agravios vinculados a la estimación de una hernia ubicada en el espacio L1-L2,

respecto de la cual se determinó una secuela del 20%. En n. criterio correspondía cuantificar con un mayor valor. El segundo agravio denunciaba que el juez omitió en la resolución definitiva ordenar la recalificación cuya procedencia había quedado acreditado, conforme lo señalado por el propio a quo. La ART también apeló la sentencia.

2.C) La sentencia de Cámara

En diciembre de 2.022 la Cámara de Apelaciones de Concordia rechazó en todos sus términos el recurso opuesto por la ART y admitió el recurso interpuesto por Carlos.

Declaró la inconstitucionalidad del Decreto 659/96, haciendo lugar asimismo a la mayor incapacidad denunciada ordenando una nueva liquidación y decretando que la ART cumpla la recalificación.

La sentencia de Cámara elevó económicamente la indemnización. Además se fijó el plazo de 10 días para que la ART presente un plan a fin de cumplimentar la obligación de recalificación.

3.- La diferencia entre el conflicto y el caso. Solución versus resolución

Finalizado el proceso se pudo visualizar la diferencia entre el caso jurídico y el conflicto que fuera la base del mismo. Visto el conflicto como "(...) una relación entre dos o más actores que perciben la incompatibilidad de sus objetivos en un escenario de interdependencia" y teniendo presente los planes de intervención (prevenir, para gestionar o para resolver conflictos).

El sistema de riesgos laborales, que incluye la prevención y reparación de los daños laborales es un sistema cuya litigiosidad tiene origen, básicamente, en el posicionamiento que las ART realizan frente al conflicto. Es muy difícil encontrar un caso en este universo de accidentes laborales, que no haya experimentado un conflicto con una ART. A medida que se agrava la naturaleza del caso se complejiza y profundiza el conflicto. La ART siente que puede gestionar el sistema a su voluntad por su preponderante papel y por la existencia de un oligopolio en esta sector⁶⁵. Además el trabajador sigue expuesto no sólo a sufrir accidentes de trabajo sino a transitar un indigno proceso administrativo cada vez que tiene pretende obtener los derechos que la ley le otorga.

⁶⁵ Alrededor de 20 empresas tienen asegurados más de 10.300.000 de trabajadores asegurados según www.uart.org.ar/riesgos-del-trabajo-cobertura/.

No había, entiendo, forma de prevenir totalmente el conflicto porque la existencia de un derecho en expectativa colisionaba con el interés de la ART de no brindar ningún tipo de prestación en una postura harto indolente.

Este primer pensamiento fue cuestionado al advertir que la ART tuvo la posibilidad de prevenir el conflicto si hubiera aceptado el siniestro otorgando las prestaciones médicas necesarias para que Carlos recibiera un tratamiento adecuado (medicamentoso, quirúrgico, kinesiológico, etc). Luego, entonces, determinar la incapacidad, determinar la indemnización⁶⁶ y además de recalificarlo⁶⁷. Esto se desprende de los propios objetivos y obligaciones impuesta por la normativa. La ley 26.773 ha trazado como objetivos la cobertura de los daños con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad. En lo menos la ART pudo conducir el conflicto de manera controlada con sólo cumplir con la normativa (Martínez Zorrilla, D. y Calvo Soler, R. 2009)

Carlos, como el universo pleno de trabajadores que padecen infortunios laborales, tenía sólo la posibilidad de resolución del conflicto por parte de un tercero: la justicia laboral. Cabe analizar si Carlos obtuvo el objetivo que inicialmente se planteó. Desde la perspectiva del trabajador y a decir de Entelman se trató de un conflicto objetal, el actor valora más la obtención de su objetivo que el daño causado al adversario.

El conflicto presenta una complejidad adicional. La ART es casi ajena al cotidiano ámbito laboral. La mecánica de la resolución del conflicto que impone el tipo de acción intentada no se explica en forma suficiente por esta teoría, podría invocarse que la ART no asume parte del conflicto. Interpreta que su función se resume a indemnizar –parcialmente- el daño (dinero por incapacidad) -aún cuando el Derecho impone ciertas obligaciones de prevenir y capacitar en la prevención del daño-.

El otro limitante a esta teoría en nuestro Derecho es que tanto la solución – acuerdo- y menos aún la resolución –sentencia- nunca puede perforar el piso de derechos irrenunciables. La postura general de las aseguradoras conduce generalmente a la coerción y no a la solución, entendida esta como un acuerdo.

⁶⁶ Arts. 14, 15, 18, 11 L. 24.557; Art. 3 L. 26773 y ccs.

⁶⁷ Resolución SRT 216/03.

Nos debe orientar la finalidad de que el trabajador no sea sometido a la inviable disyuntiva de desistir de pretensiones –que por definición son irrenunciables-⁶⁸ u obtener una victoria a lo Pirro –que también implica una pérdida-, con mayor costo para el sistema.

El objetivo debería ser diseñar un esquema superador que garantice negociar al trabajador la protección integral y asegurar las prestaciones propias de la seguridad social, irrenunciables.

Cabe preguntarse si Carlos encontró una solución a su conflicto a través del sistema o sólo se llevó una respuesta dada al caso jurídico.

En términos de tiempo, demoró 5 años en resolver el conflicto desatado mientras prestaba tareas para su empleador. El sistema incumple su autoimpuesto objetivo de accesibilidad.

Para analizar la conducta de la ART en el conflicto cabe recordar los parámetros trazados por Mayer en Martínez Zorrilla y Calvo Soler (2009)

“Es cierto que podemos violar los valores más superficiales acerca de la cortesía, el lenguaje, el tono de voz o, incluso, la escucha. Pero lo que no parece de recibo es la violación de nuestros valores esenciales sobre la dignidad, la verdad, la vida humana, la igualdad, etcétera. Cualquier acción en este sentido aumenta las probabilidades de que no nos sintamos comprometidos de una manera directa y efectiva con la búsqueda de una solución en un conflicto en el que actuamos de manera incómoda”.

La ART no puede desconocer que se encuentra frente a un sujeto doblemente hiposuficiente, tanto por su carácter de trabajador como por su situación de dañado. La concepción del respeto a la dignidad del trabajador fue abierta y voluntariamente desconocida. Ello porque si bien puede cuestionar la cuantía del reclamo del trabajador no le asistía igual derecho a cuestionar la procedencia. El siniestro se había aceptado voluntariamente. No realizó la ART ningún intento por acercar una posición de negociación –conciliación-, durante el trámite administrativo o durante el juicio.

El trabajador accidentado ha recibido la información que la ART le brindará la atención médica que necesite –básicamente- para curarse; y que luego del proceso terapéutico se le abonará una indemnización por la pérdida de capacidad.

⁶⁸ El Art. 11 Ley 24.557 establece que las prestaciones dinerarias son irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas.

Contando la información acabada de la situación de salud del trabajador, optó por desconocer información esencial (examen preocupacional) y asumir el riesgo que el trabajador continúe trabajando con el daño, sin brindar las prestaciones que corresponden y derivando el problema a un tercero que no formaba parte del conflicto. Agravó el conflicto la expectativa frustrada de Carlos al percibir la postura reticente de la ART.

La Sala Laboral solicita de oficio la inconstitucionalidad del Decreto 659/96, en lo vinculado a "FACTORES DE PONDERACIÓN", al crear una ficción que considera incapacidad parcial una incapacidad total cuando esta última deviene por la adición de estos factores. Reputó que el decreto alteraba el espíritu y resultaba una manifiesta desnaturalización de lo establecido en ley reglamentada, violando los arts. 17 y 19 de la CN y Tratados internacionales. Esta arbitraria modificación no era tolerable porque reducía la indemnización todo en una extensa cita de autoridad de la propia Sala: la transcripción literal de los fundamentos del precedente "GALLO" (y otros).

Pero al resolver considera, sin fundamentación obrante en los Considerandos, que la incapacidad del 70,75% era parcial y no total, interpretante que respecto de la sentencia de grado habían arribado firmes por ausencia de agravios a su respecto algunas de las pautas liquidatorias.

Al solicitar una mayor incapacidad en el recurso, estábamos cuestionando el carácter parcial de la incapacidad y sus consecuencias legales. La sentencia de la Sala sólo modificó los montos en base a la mayor incapacidad asignada, pero estableciendo un 70,75% de la incapacidad parcial, un desatino. Al advertir este error en la sentencia, se lo expliqué a Carlos, explicando que podíamos recurrir al Recurso de Inaplicabilidad de Ley para demostrar el error en la aplicación de la ley. Le expliqué que de prosperar el recurso obtendría una indemnización considerablemente mayor (ya que le habían reducido en un 35%).

Carlos hizo la pregunta típica del cliente: plazo de resolución y probabilidad de éxito. Mi respuesta: 1 año mínimo de demora en el Superior Tribunal de Justicia, luego debía bajar a primera instancia para cobrar. Sobre el éxito: interpretaba que constituía un error judicial evidente, rayano a la absurdidad y que sólo un exceso ritual manifiesto basado en la técnica del recurso podría resultar el fundamento de una sentencia adversa. También podía cobrar ahora, si le resultaba útil. Escuchó

atentamente la explicación brindada. Se recostó cansinamente en el sillón, desplomado.

Me contó que en los últimos 6 meses los dolores se agravaron, provocando dolores en sus piernas y hasta se había alterado la diuresis. No podía jugar con sus hijos. No podía hacer reparaciones diarias en el hogar (reparar el sifón de la bacha, cortar el pasto, barrer, subir al techo a limpiar canaletas). Había averiguado tratamientos quirúrgicos que antes podrían resultar un riesgo innecesario ahora se presentaban casi como tratamiento mandatorio. Los estudios o tratamiento paliativos debía afrontarlos con su magro sueldo de ordenanza, ya que la obra social cubría cuando mucho un porcentaje. Evaluaba que el dinero a recibir resolvía los estudios y evaluar la intervención quirúrgica para mejorar, en definitiva, su calidad de vida. Si bien entendía mi planteo, no podía seguir esperando.

Este medio de terminación del conflicto es, en palabras de Entelman, el prototipo de método exógeno, resultando emblemático la intervención de un tercero en el proceso de terminación. Y esta solución impuesta por el tercero no prevé la participación de los conflictuantes en la decisión resolutive. En el presente caso se evidencia que Carlos no tuvo chances, en todo el proceso desde el accidente y hasta la fecha, de proponer un esquema de negociación con la ART para solucionar el conflicto (método endógeno). Y el trabajador, en un esquema que profundiza la desigualdad existente entre las partes de la negociación, valoró más la obtención de su objetivo (moldeado cediendo pretensiones) que provocar daño al adversario.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA. EL ERROR JUDICIAL.

El otro eje abordado en el trabajo era analizar las consecuencias jurídicas de la sentencia de la Sala Laboral, que constituye la resolución definitiva del conflicto.

Ya anticipé los fundamentos que motivaron la sentencia de grado así como las indemnizaciones reconocidas. Ahora explicaré la apelación y la sentencia que puso fin al litigio.

1.- Fundamentos de la Apelación

Los agravios de la apelación consistieron en la infraestimación de la hernia lumbar y la omisión de ordenar la recalificación cuya procedencia había sido reconocida en la sentencia de grado.

Este último agravio fue receptado en su totalidad por lo que no será motivo de examen, concentrándose en el primero de ellos.

En el desarrollo de la fundamentación del agravio se señaló el error en el razonamiento del juez recurrió a “la clínica” como argumento de autoridad para descartar cuantificar con un mayor valor la hernia. La pericia médica revelaba algo muy distinto en la clínica: *lumbociatalgia, limitación de la columna lumbar, parestesias que ceden ante uso de analgésicos (inyectables)*, denotando una sintomatología de mayor severidad que la otra hernia que sufría el trabajador y debía reconocerse una incapacidad mayor que la otorgada. El perito y el juez pueden no interpretar el diagnóstico y el daño de la misma manera, pero el juez sí debe tener presente que el daño, aún en el sistema especial, debe ser reparado integralmente, y ello resulta una cuestión jurídica.

Argumentamos que la interpretación del baremo es plenamente jurídica. Objetamos el concepto de sana crítica adoptado por el juez porque aquella indica no seguir a pie juntilla el dictamen -en este punto en torno al porcentaje asignado- cuando entre dos lesiones, los daños son diferentes en uno y otro caso. Daño y análisis de la prueba a la luz de la sana crítica, cuestiones que serían determinantes en el fallo de Cámara.

2.- El fallo de la Sala de Apelaciones en lo Laboral de Concordia

La sentencia de la Sala Laboral resolvió: 1) rechazar la apelación interpuesta por el IAPSER; 2) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto declarando de oficio la inconstitucionalidad del Baremo 659/96 sin ninguna consecuencia efectiva sobre el caso.

2.A) Análisis de la prueba. La sana crítica.

Dando respuesta a lo planteado la Sala aborda el análisis de la prueba a la luz de la sana crítica.

A ese respecto señala que *"En definitiva, el informe pericial queda sometido, en cuanto a su valoración, a las reglas de la sana crítica, pudiendo y debiendo, el tribunal, apartarse de sus conclusiones si no satisfacen las mismas"*, anticipando que según su criterio de apreciación y valoración conforme las reglas de la sana crítica básicamente del dictamen producido por el médico forense, la crítica reseñada debía prosperar.

Analiza la prueba rendida en autos apreciando que el informe pericial advertía patologías discales con características comunes (hernias extruidas con pinzamiento y deshidratación del disco intervertebral) pero que una de ellas características diferenciales (franca reducción de los diámetros del canal medular y contactado con las raíces descendentes de la cola de caballo) que llevaban a concluir que esta patología reviste mayor gravedad y justifica un mayor porcentaje de incapacidad, elevando el mismo.

Concluye el juez que la incapacidad padecida por el actor era de: 70,75% (55% de incapacidad + 15,75% de factores de ponderación) vs. el 64,50% reconocido en primera instancia.

2.B) La declaración de inconstitucionalidad. Argumentación y fundamentación. La Sala declara inconstitucionalidad del Baremo 49/2014, recurriendo a esa facultad oficiosa conforme jurisprudencia de la propia Sala⁶⁹.

Apela a la técnica argumentativa del *autoprecedente*⁷⁰ o *apelación a la autoridad* señalando que transcribe los párrafos de la causa "GALLO, Verónica Silvina c/ INSTITUTO AUTARQUICO PROVINCIAL DEL SEGURO ART S.A. s/ Accidente de Trabajo" cuya lectura además recomienda (junto con la de los otros precedentes). En una transcripción de 3 páginas traslada en su totalidad los argumentos vertidos en el precedente "Gallo" para declarar la inconstitucionalidad del Decreto 49/2014⁷¹:

- a) El control de constitucionalidad es inherente e indisoluble de la jurisdicción judicial, por lo que el juez debe aplicarlo sin necesidad de ser incitado.
- b) *"Tal como se expusiera en el citado fallo "DPJ c/ CART. S/ COBRO DE PESOS - ACCIDENTE DE TRABAJO" del 9/9/2010, cuyos argumentos enteramente se comparten, resulta una manifiesta desnaturalización de lo establecido en la norma, art. 8 inc. 3) de la ley 24557, al disponer el decreto reglamentario 659/96, sin fundamento de ninguna naturaleza, que cuando por aplicación de los factores de ponderación referidos el trabajador alcance una incapacidad total, deberá*

⁶⁹ "MENGUEZ c/ PAIDYN SA y otro s/ Cobro de Pesos - Accidente de Trabajo" (Expte. N° 6566-, 17.03.2014), y "ROGGERO, Javier Enrique c/ ASOCIART ART S.A. s/ Accidente de Trabajo" (Expte. N° 8017, 29.10.2019) y el mencionado "GALLO".

⁷⁰ Jaime Cardenas Gracias. Los Argumentos y las Falacias. Biblioteca Jurídica Virtual (unam.mx) quien señala que la finalidad de esta técnica es la de preservar los principios de igualdad en la aplicación de la ley y el de justicia uniforme.

⁷¹ *En cursivas se transcriben citas textuales.*

considerarse que el porcentaje es del 65% y que, por caprichosa y arbitraria excepción, la incapacidad debe reputarse parcial.”

- c) *“(…)no existe fundamento alguno para que el grado de incapacidad total, (…) sea llevado artificialmente al parcial del 65%, produciendo la consecuente reducción de la indemnización a percibir por parte de la víctima del siniestro, con un alto grado de incapacidad, cuando paradójicamente el sistema tiene por objeto reparar el daño real ocasionado por la incapacidad.”*

Considera que la reducción del porcentaje de incapacidad sin fundamento alguno a más de perverso, resulta abiertamente incompatible con derechos amparados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, con el derecho a preferente tutela del artículo 14 bis.

- d) La ley considera aspecto físico y características personales de la víctima (edad, posibilidades de reubicación) para establecer consecuencias reales y efectivas sobre la víctima. Al limitarse la incapacidad se configura un serio tratamiento dispar, afectando el principio de igualdad.
- e) Existe un exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias del PEN en relación a la norma superior que reglamenta.
- f) El decreto altera el espíritu de la LRT, *“produciendo una manifiesta desnaturalización de lo establecido en la norma, art. 8 -en especial- del inc. 3) de la ley 24557...”*

2.C) Consecuencias jurídicas del fallo

El Tribunal ordena elevar la incapacidad del trabajador y además que se brinden las prestaciones correspondientes a la recalificación o reubicación.

Ahora bien, al determinar la incapacidad establece que el tipo de incapacidad es de tipo parcial, permanente y definitiva del 70,75%. Dispone que en primera instancia se practique nueva liquidación, de conformidad con las demás pautas fijadas en la sentencia de grado que, en lo que resulten aplicables y concordantes con la incapacidad, arriban firmes a la instancia de revisión por ausencia de agravios a su respecto.

En el régimen de riesgos de trabajo cada tipo de incapacidad laboral tiene regulados efectos jurídicos diferenciadores. Además de la indemnización regulada conforme el porcentaje asignado, es común a toda incapacidad la indemnización adicional de pago único, salvo si el siniestro es in itinere. Las incapacidades más

graves (+50% y +66%) conllevan compensaciones adicionales que son de diferente trascendencia económica, conforme la mayor incapacidad padecida.

Maguer esta aparente claridad conceptual, en la interpretación de la Cámara, el trabajador padece una incapacidad laboral del 70,75% pero parcial, no total. Si al declarar la inconstitucionalidad del Baremo 49/2014 el magistrado obtura la posibilidad de convertir la incapacidad total en parcial por ser inaplicable el mismo pensemos ¿qué tipo de fundamentación justifica una conclusión que, por diferente vía, arriba a una consecuencia distinta pero tan reprochable como la que intentó neutralizar?:

I.- La exégesis de la ley no permite interpretar que una incapacidad del 70,75% pueda tener carácter parcial puesto que las clasificaciones de incapacidad permanente son tipificadas por la norma. No puede el juez crear una categoría especial, ya que sólo los legisladores, pueden crear derecho y por vía de la interpretación se descubre el significado objetivo de un texto o la voluntad de su autor (Atienza, Rodríguez, 2013); La tipología cerrada o el *numerus clausus* del sistema le impide modificar la clasificación del art. 8 LRT.

El juez puede, vía la declaración de inconstitucionalidad, anular la aplicación al caso concreto del Decreto. Y como vimos en “GALLO” se ponderó que PEN había desnaturalizado el espíritu de la LRT. Pero, así como aplican los fundamentos, deben aplicar también las consecuencias que se derivan de su aplicación.

II.- ¿Podría plantearse que esto viene dado por la técnica del recurso, o los límites del mismo, al agravarse el actor sólo del grado de incapacidad y no del tipo (“total” o “parcial”)?

Aceptar esto sería incurrir en una falacia lógico-deductiva, la falacia de negar el antecedente de la premisa mayor, presentándose como una premisa menor. Al atacar el grado de incapacidad, solicitando una mayor incapacidad, se ha atacado el tipo de incapacidad. Debe recordarse que conforme el principio *iura novit curia* es tarea del juzgador subsumir los hechos invocados en la norma y determinar los alcances de su interpretación y aplicación. Tratándose de prestaciones irrenunciables (art. 11 LRT), no cabe interpretar que el trabajador ha resignado derechos.

III- El Tribunal construye el fundamento del fallo sobre el antecedente “Gallo”. Este sistema de fundamentación obliga a revisar el antecedente.

Al examinar ambas instancias del caso “Gallo” advierto que la jueza de grado declara aplicable el artículo 15 LRT -incluso cuando la actora había pedido el 14 LRT- porque la incapacidad era mayor al 66% (69,81% exactamente). El fallo de grado aplicó de oficio el art. 15 LRT y no el art. 14 LRT. Por eso Gallo no se vió obligada a atacar el tipo o grado de incapacidad.

Pero lo llamativo es que “GALLO” se indica:

“la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Constitución Nacional), aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional, desechando la de rango inferior (STJER: “Martínez, Flavia Lorena c/Municipalidad de Colonia Avellaneda, 17.08.10).”

¿Por qué con este caso no se aplicó el iura novit curia respecto de la norma que erróneamente se invocó como sí se hizo con Gallo?

El juez debía cuestionarse si estábamos *ante un “Gallo” a pie juntillas* o si había que hacer un examen de las circunstancias que diferencian uno y otro caso. No hay dos casos exactamente iguales. Al recurrir como argumento de autoridad a “Gallo” no podría obviarse el principio iura novit curia, y aplicarse al caso. Gallo accedió a las prestaciones de la incapacidad total. Por el contrario, Carlos, se convirtió en un verdadero *Frankenstein jurídico*: incapacidad parcial del 70,75%. No es aceptable la que funda la sentencia transcribiendo los fundamentos de otro caso. La CIDH estableció con claridad que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”, lo que descalifica la presente sentencia como acto jurídico.

IV.- El error judicial. El error de hecho y el error jurídico. García Amado (2017) advierte que errores de hecho y la errónea calificación legal exponen a la aplicación consecuencias jurídicas inapropiadas. Adaptando sus palabras al caso podemos decir que el error del juzgador propició una resolución judicial contraria a la ley ... por incongruencia entre lo en el proceso debatido y lo en el fallo decidido.

La *existencia, calificación* (permanente), el *tipo* (total o parcial) y el *grado* de incapacidad constituyeron la base fáctica controvertida.

La decisión judicial carece de la nombrada justificación interna: a partir de una norma y de un hecho considerado probado se concluye en forma deductiva que la solución debe ser A. El juez no explica, probada la incapacidad –total- del 70,75%,

por qué se debe considerar que la incapacidad es parcial y corresponden las prestaciones previstas para ese tipo de incapacidad.

¿El juez hizo una errónea calificación legal? No surge en la sentencia qué norma elige aplicar para determinar la indemnización definitiva (art. 14 o art. 15 LRT).

El juez no logra hacer la conexión entre los hechos y el derecho aplicable, incurriendo en una contradicción lógica. No hay errónea valoración de la prueba, pero sí un error en el derecho. Ahora bien, ¿cuál es el motivo para que la subsunción normativa haya sido errónea? Solo me animo a arriesgar que el Tribunal entiende que arribó firme una cuestión de hecho que no puede discutirse en los límites de la revisión. Esto surge de que el Tribunal resuelve del pasaje citado anteriormente *que refiere la existencia de “pautas liquidatorias fijadas en la sentencia de grado” que “arribaron firmes a esta instancia de revisión por ausencia de agravios a su respecto...”*.

Ya vimos la falacia lógico-deductiva, negar el antecedente de la premisa mayor, presentándose como una premisa menor. El Tribunal no puede modificar el grado de incapacidad sin aplicar la consecuencia lógico-jurídica.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES.

1) El conflicto y el caso jurídico

Mucho del conflicto que atravesó la vida de Carlos no fue parte del caso jurídico. El proceso aborda sólo “parcelas de verdad”. El caso jurídico no es el conflicto ni el problema, es lo que las partes y la magistratura construyen conforme las reglas del proceso.

El conflicto, lejos de ser solucionado, persiste. La enfermedad permanece en Carlos y si bien es cierto que el proceso no lo curaría médicamente hablando, no logramos (ni jueces ni abogados) que él perciba la resolución del caso como una respuesta válida. Lo que observó es que el sistema tiene por espíritu monetizar el daño, cambia plata por salud. Interpretó más rápido que su abogado que buscar la verdad jurídica objetiva no iba a ser la solución de su conflicto.

El juicio constituyó un filtro donde el conflicto fue depurado por el sistema (normas, jueces y abogados) hasta reducirlo a lo que estimamos que era conducente para procesar, obteniendo en esa suerte de zaranda jurídica la verdad objetiva.

2) La sentencia como solución. El error judicial. ¿Qué justicia buscamos?

Atienza (2013) nos señala -al hablar del postpositivismo- que *“el Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, producto de una autoridad (de una voluntad), sino como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección, que implica un cierto objetivismo valorativo. Que la interpretación es una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica sin desconocer los valores del “legalismo”.*

Traducido al caso: si bien no hacía a la totalidad de la *justicia del caso* declarar la inconstitucionalidad del decreto se imponía como valor que da sentido a la práctica otorgarle la indemnización por la incapacidad total, no la parcial, con las diferencias económicas que ello importaba. Ello aún cuando se entendiera que los valores del legalismo (de la técnica procesal o recursiva) en este caso, indicaron que había un límite en el recurso por no haberse apelado el tipo de incapacidad. Al apelar el porcentaje debía prevalecer una aplicación concreta de la justicia y no la mera declaración de una injusticia a través de sanción de inconstitucionalidad de la norma sin la consecuencia jurídica.

No podemos descuidar que el ideal regulativo de justicia, informado por nuestros valores constitucionales resulta inconciliable con esta sentencia que sin ninguna argumentación válida privó al actor de la indemnización del daño sufrido. Debemos cuestionarnos entonces:

- ¿Es válida como acto jurídico la sentencia que, echando mano de un obstáculo procesal, priva al trabajador de la reparación que la ley sustantiva le reconoce?

- ¿Qué utilidad reporta la declaración de inconstitucionalidad de una norma, última ratio del sistema jurídico, sino se aplican las consecuencias jurídicas correspondientes?

- El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Observación General N° 14 del Comité de Derechos. Económicos, Sociales y Culturales) guarda

singular concierto con el art. 14 bis de nuestra CN⁷² y aplica para todos los daños laborales sin importar el sistema elegido (especial o reparación integral).

- La sentencia como acto jurídico del Estado debía satisfacer plenamente la deuda que la ART había desconocido. En cambio, le brindó al ciudadano una respuesta que incumple con los estándares necesarios para ser considerada un acto válido, por su absurdidad. Las decisiones tomadas por los jueces deben ser justificadas frente a las partes en conflicto y frente al resto de la sociedad. La CIDH en el caso "Apitz Barbera" explica que la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

En el reciente Congreso Internacional de Constitucionalismo y Argumentación celebrado en México, Marina Gascón Abellán afirmó: "Los errores judiciales son el paradigma de una justicia injusta". Con el error judicial lo que está en juego es "la libertad, el bolsillo, los planes de vida y la felicidad de las personas". Hay mucho camino por andar y merece la pena que lo recorramos"⁷³.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.

CÁRDENAS GRACIAS, J. (2015). *Los Argumentos y las Falacias*. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México.

GARCÍA AMADO, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Editorial Tirant Lo Blanch.

MARTÍNEZ ZORRILLA, D. y CALVO SOLER, R. (2009). *Introducción a la argumentación y a la negociación*. Editorial Eureka Media.

ARTÍCULOS CONSULTADOS

VERBIC, F. (2017). 'El rol del Juez en la actualidad'. XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL, SANTIAGO DEL ESTERO- TERMAS DE RÍO HONDO Comisión 3. Recuperado el 20 de octubre de 2023

⁷² CSJN "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA" (A: 2652, XXXVIII) del 21/9/2004), del voto del Dr. Petracchi.

⁷³ Citada por Juan A. García Amado en X -ex Twitter- @JuanAGAmado.

<https://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2021/09/La-funcion-decisoria-del-juez-en-la-actualidad.pdf>

LEGISLACIÓN

ONU – Consejo Económico y Social. Observación General N°14 E/C.12/2000/4, CESCR 11 de agosto de 2000

Constitución Nacional de la República Argentina, Ley N° 24.430, 23 de agosto de 1994.

Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación, 08 de octubre de 2014.

Ley 26.773 Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Del 25 de octubre de 2012.

Ley 24.557 Ley de Riesgos de trabajo, del 04 de octubre de 1995

Decreto 659/2014 del 13 de mayo de 2014.

Decreto 49/2014, Listado de enfermedades profesionales, del 20 de enero de 2014

Resolución SRT 216/03, Recalificación profesional Pautas mínimas, del 28 de abril de 2003

JURISPRUDENCIA

Corte IDH. Caso Apítz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Caso Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA" (A: 2652, XXXVIII) Sentencia del 21 de septiembre de 2004. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Caso Menguez C/ Paydin SA y otro s/ Cobro de Pesos - Accidente de Trabajo del 17 de marzo de 2014. Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Concordia Sala del trabajo.

Caso Roggero, Javier Enrique C/ Asociart ART S.A. s/ Accidente de Trabajo del 29 de octubre de 2019. Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Concordia Sala del Trabajo.

Gallo, Verónica Silvina C/ Instituto Autárquico Provincial Del Seguro ART S.A. s/
Accidente de Trabajo. Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Concordia
Sala del trabajo.

LA MAGISTRATURA LABORAL COMO PACIFICADORA DEL CONFLICTO SOCIAL

Chaher, Laura Leticia ⁷⁴

laurachaher@hotmail.com

Intento analizar de qué modo puede la actividad de la judicatura laboral, en el proceso, ayudar a disminuir o debilitar los efectos negativos de un conflicto en el marco de las relaciones laborales y sus consecuencias en el ámbito social. A tal fin abordaré distintas etapas de un sistema, diseñado por la legislación, y trataré de demostrar en ellas la importancia del discurso, el modo en que la magistratura construirá su autoridad, en consecuencia, su legitimidad y, de esta forma, ya sea por una resolución consensuada (acuerdo entre las partes) o por su decisión (sentencia), la ciudadanía aceptará que ese ha sido el mejor camino que el Estado de Derecho le ofrece.

Puse la mirada en la figura del juez/a laboral. En una judicatura que ya no cree que habla sólo por sus sentencias y que deja su despacho para interactuar con abogados/as, pero, sobre todo con los justiciables que le confían sus conflictos.

Esa interacción se caracteriza por su actitud de escuchar y comprender a la ciudadanía. Hablo de ciudadanía y pongo el énfasis en ello porque la persona que expone sus emociones frente a los funcionarios/as que le están demostrando su empatía, que los escucha más allá del caso jurídico siente que, por un momento, por una vez, el Estado le está prestando atención, se está ocupando de su problema. Considero que este cambio de actitud es necesario, en el marco de las relaciones laborales, por las consecuencias que ellas tienen en la vida de las personas, y que puede realizarse en el ámbito del procedimiento laboral.

Desde la creación del fuero, debe destacarse la importancia que le ha dado la legislación a la conciliación laboral. Me inclino por una conciliación en el marco del proceso judicial, con una participación activa de la judicatura, ya que se trata de una materia sensible debido a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, que deben ser controlados y protegidos.

⁷⁴ Laura Leticia Chaher es abogada por la Universidad Católica de Córdoba y jueza del Tribunal de Trabajo N° 5 de General San Martín, Provincia de Buenos Aires.

Sólo la magistratura, a través del servicio de justicia, podrá realizar los malabares necesarios para llegar a una justa composición de intereses. Pensemos en las características de los casos que se ventilan ante un Tribunal del Trabajo del Conurbano bonaerense. Recalemos en que, en el año 2021, el trabajo ofrecido correspondió en un 99,3% a las micro, pequeñas y medianas empresas, que la mayoría de ellas se encuentran radicadas en la Provincia de Buenos Aires y que el 83% del trabajo lo brindan empresas de hasta nueve personas ocupadas⁷⁵. A eso sumemos la gran tasa de informalidad que existe y que el trabajo es un bien escaso en el mundo. No es el supuesto de trabajadores enfrentándose a una empresa cuyos propietarios son desconocidos. En la mayoría de las ocasiones nos encontramos con litigantes que tienen un trato cotidiano y que cuando se produce la disolución del vínculo tiene una carga emotiva y una connotación subjetiva, que supera el caso jurídico. El juez/a podrá generar el espacio para construir conversaciones asertivas, para lograr una mejor comunicación, de empoderamiento de los justiciables para buscar soluciones al conflicto (Calvo Soler y Rojas 2022).

Sin embargo, para que los jueces/as pudieran realizar esta tarea comprometidamente, insistimos, en el marco de la propia norma procesal vigente, se necesitaría tiempo para generar los espacios referidos y que el Superior compartiera el criterio. En la Provincia de Buenos Aires los tribunales de trabajo conocen en única instancia, esto significa que la Suprema Corte de la Provincia controla directamente su tarea. Llamativamente, sólo se evalúan los tiempos de las distintas etapas del proceso.

Entiendo que esta valoración, así como la insistencia en el instituto de la caducidad, responde a un criterio de eficiencia (Calvo Soler y Rojas 2022): que no comparto, en razón de la naturaleza de los derechos que están en juego por lo que, si se acuerda con estas ideas de desarrollo de la magistratura, deberá ser el Superior quien las motive para que se puedan cumplir.

En el supuesto de que las partes no arriben a un acuerdo se pasará a dictar el auto de apertura a prueba. Una vez más, énfasis en la persona del juez/a, al que la norma le impone un deber de búsqueda de la verdad jurídica objetiva y por ello le

⁷⁵ Estructura y dinámica reciente de las MIPymes empleadoras. Serie Investigaciones en Red, documento N° 7, (septiembre de 2022), Centro de Estudios para la Producción XXI, Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

da facultades de investigación y dirección que no puede resignar⁷⁶. Coincido con Formaro (2022, p. 649), en cuanto a que ello no afecta la imparcialidad, ya que la magistratura no es parcial al intentar buscar la verdad, por el contrario, es parcial cuando “...se muestra arbitrario y beneficia a alguna de las partes con interpretaciones irrazonables” y, podríamos agregar carentes de justificación.

Luego de esta etapa, la próxima oportunidad en que se destaca la actividad jurisdiccional será el debate. Entiendo que no deben renunciar a su facultad de intentar la conciliación (art. 25 Ley 11.653), si consideran que con ella resolverán el conflicto y el caso jurídico objeto de las actuaciones y reitero que la posibilidad de trato personal entre los magistrados/as y los justiciables, ya sea en la audiencia de conciliación como en la vista de la causa, coloca, especialmente a los vulnerables, en el lugar de sujetos de derecho y, sin dudas, abona a la paz social. Tal como refería Mercader, citado por el Dr. de Lázzari en su voto en la causa: “Altuve, Carlos Arturo-Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa N ° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal”:

“(...)Todo el proceso debe volverse más humano, en el sentido de que se manifieste al pueblo no ya como una ceremonia cabalística, sino como un refugio accesible que el Estado ha puesto a disposición de todos los que creen en la justicia y que para ser oídos no disponen de otros títulos que el buen sentido y la buena fe(...)”.

La esencia del proceso laboral provincial es la intermediación, que implica el contacto personal y directo de la magistratura con el material probatorio y con las partes. Ese contacto les permitirá acercarse con mayor probabilidad a los hechos acaecidos y se desarrollará en dos aspectos, por un lado, la investigación, y por el otro la educación. La posibilidad de investigación, de ningún modo debe resignarse y, en este punto, deben tener un acabado conocimiento del expediente. En cuanto a su faz educativa, quien dirige el debate irá indicando y justificando a los litigantes, testigos, incluso, abogados, cada uno de los pasos a seguir y fundamentando de forma oral, las revocatorias planteadas por los letrados, respecto de cuestiones procesales.

Concluida la audiencia de vista de la causa, los autos pasarán para dictar veredicto y sentencia. Este es otro acto fundamental, no sólo para las partes, sino

⁷⁶ SCBA, causa L. 74.096, autos: “Amuchástegui, Julio César contra Murchison S.A. Estibajes y Cargas. Ley 9688”, en la ocasión se declaró la nulidad de oficio del veredicto y sentencia sin disidencia.

también, para el Tribunal, porque la sentencia es una de las formas en la que esos magistrados/as se comunicarán con la sociedad. De allí la necesidad de que dicha comunicación no sea caprichosa, arbitraria, de que las decisiones se tomen por la sola voluntad de quien la está pronunciando. El juez/a de la democracia participativa debe dar razón de sus dichos, en el lenguaje más llano y didáctico que pueda, de esto se trata la justificación de la que hablamos. Las partes pueden no estar de acuerdo con algún resultado, pero si el magistrado/a ha obrado de buena fe, justificando su decisión y en esa fundamentación vuelca todo lo sucedido en el debate y sus reflexiones, dando todas las herramientas para que quien se agravie pueda interponer un recurso al superior, será respetado en su función.

He desarrollado hasta aquí, distintas etapas de un sistema que fue pensado y que se mantiene, casi sin cambios trascendentales (hasta la sanción de la Ley 15.057), desde 1947⁷⁷, pero creemos que tiene instituciones valiosas que pueden seguir dando buenas respuestas a la sociedad y otras que pueden flexibilizarse para tal cometido (Morello, 2006).

En definitiva, de lo que se trata es de que el servicio de justicia llegue al justiciable. Este planteo no es nuevo, ya en 1970, Sentís Melendo sostenía que:

"(...)Llevamos más de dos mil años sin que la justicia llegue al justiciable...parece llegado el momento de decir basta. Si no lo decimos los estudiosos del derecho, nos lo dirán los que del derecho no hacen profesión, pero también lo viven. Hay que crear un proceso no para jueces y abogados, sino para el ciudadano, para el litigante, para el justiciable..."
(1974, p. 14).

Entiendo que mientras esperamos las políticas adecuadas y coincido en que la cuestión requiere un trabajo conjunto de los tres poderes del Estado (conforme Calvo Soler y Rojas 2022), la magistratura puede actuar con un mayor compromiso. Sin embargo, si el Superior no cambia un criterio de eficiencia en el que solo controla tiempos, por uno de eficacia, se torna, incluso, más difícil para quienes se interesen en brindar otro servicio. Con esto, de ninguna manera estamos dejando de lado la necesidad de que la decisión judicial llegue en tiempo razonable y oportuno, cuanto más si hablamos de procesos en los que se ven involucrados intereses de sujetos vulnerables.

⁷⁷ La Ley 5178, instituyó el fuero del trabajo en la Provincia de Buenos Aires.

Para ello, considero que es fundamental la participación de una judicatura activa que, en la práctica se sobrepone a la carencia de recursos suficientes, a los obstáculos planteados por operadores jurídicos e incluso por normas, que deja de lado el rigorismo formal, para llegar a una decisión en tiempo adecuado. Un magistrado/a que no entiende que haber asumido su cargo signifique haber llegado a un lugar de privilegios, sino que, por el contrario, asume su tarea con responsabilidad y compromiso. *“Hay que lograr que toda la información del caso sea manifiesta y se presente ante un juez de excelente formación jurídica y humana...”* (Calvo Soler y Rojas, 2022, p. 11).

Un juez o una jueza respetados, construyen así su autoridad y en consecuencia su legitimidad.

La violencia cesa cuando abandonamos el monólogo por el diálogo reglado⁷⁸. La magistratura y las partes dialogan para arribar a decisiones justificadas, lo que permitirá que sean obedecidas.

El respeto que la ciudadanía sienta por quien administra justicia, abonará a la paz social, ya sea que los conflictos se resuelvan con una conciliación o con una sentencia. Sobre todo, en una materia como el Derecho Laboral que recibe la influencia directa de los procesos económicos y sociales que se van desarrollando en el país y en el mundo y que afecta a la mayoría de la población activa, ya sea como trabajadores o empleadores.

BIBLIOGRAFÍA

- BOHMER, M. (2010) *Una Orestíada para la Argentina: entre la Fraternidad y el Estado de Derecho*. Editorial Teseo.
- CALVO SOLER, R, ROJAS, J., SALGADO, J. M. (2022). *El Proceso Articulado, Hacia un Proceso Cooperativo, Colaborativo y Composicional*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- FORMARO, J. J. (2009). *Ley 11.653. Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Hammurabi.
- MONZÓN, M. (1974). *El Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos*. Editorial Astrea.

⁷⁸ “Una Orestíada para la Argentina: entre la Fraternidad y el Estado de Derecho”, Martin Böhmer, p. 23.

MORELLO, A. (2006) *Sobrecarga, Misión Institucional de los Tribunales Superiores y Desahogo del Sistema Judicial. El papel de los Tribunales Superiores. Roberto Omar Berizonce, Juan Carlos Hitters y Eduardo David Oteiza- Coordinadores.* Rubinzal- Culzoni Editores.

LA ARGUMENTACIÓN Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Barrera Nicholson, Antonio⁷⁹

barreranicholson@bnp-abogados.com.ar

RESUMEN

En el presente estudio partiendo de la comprobación que la filosofía del derecho y las teorías de la argumentación realizan, nos preguntamos si sus conclusiones o propuestas pueden trasladarse mecánicamente a los regímenes legales de contenido protectorio. Y dicho *preguntarse* refiere, en particular, a nuestra realidad latinoamericana, imbuida del nuevo paradigma de los derechos humanos.

La respuesta es claramente negativa. Los derechos de carácter protectorio, y particularmente el derecho del trabajo, disponen de una estructura técnico jurídica que, desde diversos ángulos, confluyen para lograr (o intentar) la efectiva vigencia de la protección prometida.

CONTEXTO

Cuando nos acercamos al estudio de la argumentación los laboristas nos encontramos frente a una situación que nos acerca a sentimientos de perplejidad.

Los *constructos* argumentativos están pensados teniendo como telón de fondo, como realidad referenciada, la que ofrecen el derecho civil y el derecho penal, en pocas oportunidades alguna otra especialidad del derecho, como el administrativo. Pero nunca, hasta donde alcanza mi conocimiento, refieren a materias como el derecho del trabajo o el derecho de consumo y menos genéricamente a los derechos de carácter protectorio.

Y cuando nos acercamos a textos vinculados a la filosofía del derecho y la llamada teoría general, la situación no resulta distinta. Ello es particularmente así en la obra de Cossio (1964) donde sus referencias son al derecho penal y con asiduidad al derecho civil.

⁷⁹ Antonio Barrera Nicholson es abogado graduado de la Universidad Nacional de La Plata y especialista en derecho laboral.

Ocurre que los derechos de contenido protectorio, como el derecho del trabajo (al que haremos referencia en lo sucesivo), parten de una base esencialmente diferente al del Derecho Civil (al menos del derecho civil clásico). En éste sigue vigente, aunque morigerado en los nuevos tiempos, el paradigma de la igualdad de las partes, mientras que el derecho del trabajo parte de un presupuesto distinto y contrario: la desigualdad negocial de las partes producto del estado de necesidad al que llega el trabajador al contrato. De allí la justificación histórica de la garantía constitucional de protección contenida en el Art. 14 bis Constitución Nacional (CN).

Podría decirse que en el derecho civil, al menos en principio, la igualdad de las partes es un punto de partida, en el derecho del trabajo la igualdad es un objetivo a alcanzar.

Una diferencia tan radical no puede menos que generar dinámicas distintas, potencialmente contradictorias, en las que la protección debida al débil de la relación tiñe (debiera teñir) con su impronta no sólo el contenido del derecho positivo sino también el modo como se lo interpreta y aplica.

A lo expuesto se suma lecturas de autores extranjeros, muchas veces acríticas, que propugnan el traslado de categorías válidas en otras latitudes pero que no se compadecen con la realidad jurídica latinoamericana.

PROBLEMAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY LABORAL

Agrega dificultad al delineamiento de pautas argumentativas en materia de derecho del trabajo la existencia de serios inconvenientes en la interpretación de la norma laboral, dificultades que se pusieran de manifiesto en una investigación que realizara hace ya más de diez años.

Dicho estudio arrojó que los problemas referidos se podían catalogar en cuatro categorías: a) Se agrega texto a la norma; b) Se cambian las palabras de la norma; c) La norma se interpreta asistémicamente y d) Interpretación es discriminatoria.

Las analizamos exponiendo casos concretos en los que encontramos los *errores* que se señalan. Se aclara que, con el tiempo, algunos de los casos que se citan han sido superados positivamente, se mantienen con fines exclusivamente

didácticos. Además, no suelen ser *puros*, por lo que puede que sea posible ubicarlos en más de una categoría.

Incorporación de requisitos a la norma

Se citan casos en los que en la interpretación de la ley se introducen requisitos, para la efectivización de lo ordenado, que no se encuentran en su texto. Procedimiento que tiene por efecto esterilizar la protección dispuesta por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

- Art. 27 LCT. No se aplica a las cooperativas cuando del texto de la norma surge claramente lo contrario.
- Art. 31 LCT. Se requiere la prueba de la intencionalidad defraudatoria.
- Art. 31 LCT. Se exige que el grupo económico sea de carácter permanente cuando dicho requisito sólo lo es para el caso residual que la norma menciona.
- Art. 242 LCT. El trabajador debe intimar antes de considerarse injuriado. Exigencia jurisprudencial no establecida en la norma y que no se le exige al empleador para extinguir el contrato.

Resulta particularmente demostrativo del procedimiento que analizamos la interpretación, aún bastante extendida, que se hace del Art. 23 LCT.

Como es sabido dicha norma determina que *el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo*, disposición que no contiene ningún tipo de condicionamiento y deja a salvo la posibilidad de prueba en contrario.

Sin embargo, la interpretación que señalamos sostiene que para que opere la presunción es necesario probar que dichos servicios son prestados en relación de dependencia.

Con ello se provoca la absoluta inutilidad de la norma, por cuanto, si se prueba que la prestación es en relación de dependencia se prueba el contrato mismo y no hace falta presunción alguna.

Véase cómo quedaría el texto: “Art. 23. Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios *en relación de dependencia* hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrara lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para

caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

Se advierte claramente el absurdo que el criterio en comentario provoca.

Cambios en el texto de la ley

En otros casos la interpretación de la norma directamente modifica su texto, ello sin explicación ni justificación alguna.

- Art. 30 LCT. Se desconoce que la norma reglamenta, en el primer párrafo, dos hipótesis de solidaridad esterilizando el primero (*la cesión del establecimiento habilitado a su nombre*) al subordinarlo a la *actividad normal específica propia del establecimiento* que en realidad es exclusiva de la segunda hipótesis (*la contratación de trabajos o servicios*).
- Art. 30 LCT. Se sostiene que cumplir con las obligaciones del segundo párrafo de la norma exime de responsabilidad solidaria al principal, cuando de la lectura textual surge exactamente lo contrario.
- Art. 52 LCT. Derogación fáctica del inc. g). Es un clásico que la jurisprudencia no reconozca dato alguno que deba ser registrado que no sea los expresamente dispuestos en los anteriores apartados. Esta situación, en particular, fue superada por la modificación del Art. 54 LCT.
- Art. 66 LCT. Considerar la prohibición de innovar como una medida cautelar. Cuando se modifica la norma la jurisprudencia exigió que se probara la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora cuando dictar la prohibición de no innovar era una obligación legal y por lo tanto no requería de los requisitos señalados; criterios que recién ahora se están revirtiendo.
- Art. 80 LCT. Cuando se entrega el certificado de trabajo y demás documentación con evidente demora, se pretende que se ha dado cumplimiento con la obligación y no se condena al pago de la indemnización dispuesta en la norma. Ello desconoce que la norma dispone un plazo para la entrega de la misma y que, vencido éste, el obligado se encuentra en mora. En definitiva, se modifica el texto legal suprimiendo el plazo de entrega y disponiendo así que la misma se puede hacer en cualquier tiempo.
- Art. 208 LCT. Supresión de la ‘s’ en *existentes*. Hubo que dictar el plenario Baglieri para devolverle la ‘s’ a la norma. La interpretación pretendía exonerar de responsabilidad a quien realizaba la transferencia del

establecimiento por las obligaciones *existentes* al momento de la transferencia.

- Art. 209 LCT. Se suprime el vocablo *todas* cuando refiere a las obligaciones del cedente del contrato. Se pretende que quien cede el contrato de trabajo no tiene obligación por *todas* las obligaciones del contrato de trabajo sino sólo por las existentes hasta el momento de la transferencia, modificando el texto expreso de la norma.
- Art. 245 LCT. El SAC no se integra a la determinación de la mejor remuneración normal y habitual a los efectos de calcular la indemnización del Art. 245. Criterio ratificado por el plenario Tulosai de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), para lo cual se incurre en la falacia de citar parcialmente la norma.
- Art. 245 LCT. Creación por vía pretoriana de un "tope" a la base de cálculo salarial de la indemnización del Art. 245, en supuestos de declaración judicial de su inconstitucionalidad (33% dispuesto en el caso Vizzoti).
- Ley 11.544. Derogación fáctica del inc. c del Art. 6, al no reconocerse la necesaria inversión de la carga de la prueba por no llevar el libro de horas extras, obligación dispuesta por dicha norma. Lo expuesto ha comenzado a cambiar a partir de la modificación de la doctrina legal por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, "López, Juan Ismael Osvaldo c/ ARDAPEZ S.A. s/ Despido", L 99688, 22/2/2012, criterio que ha sido seguido, en algunas oportunidades, por la CNAT).

También resulta particularmente demostrativo de lo que venimos señalando lo que dispuso durante años la jurisprudencia del fuero cambiando en el Art. 30 LCT, segunda parte del primer párrafo, la locución '*del establecimiento*' por '*objeto social de la empresa*' limitando sustancialmente el sentido de la norma.

Así, por ejemplo, se han rechazado demandas en las que se demanda solidariamente a empresas que tercerizan el servicio de vigilancia, sosteniendo que el objeto social de las mismas no era la vigilancia sino la prestación de tal o cual servicio o actividad.

Con ello se desconoce que las empresas pueden tener establecimientos que no pertenecen específicamente a su *objeto social* pero que, claramente, coadyuvan a

su consecución, como bien pueden ser los comedores de fábrica que no dejan de ser establecimientos gastronómicos.

Siguiendo la línea interpretativa la norma quedaría modificada de la siguiente manera:

*“Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia **del objeto social de la empresa**, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social...”*

Se advierte claramente cómo se reemplaza el texto legal por el pretorianamente dispuesto y por dicho camino se esteriliza la protección dispuesta en cumplimiento del programa constitucional.

La norma se interpreta asistémicamente

Con *interpretación asistémica* pretendemos referirnos a aquellas que contradicen la economía de la norma violando su sentido, el que necesariamente debe integrarse con el estudio del derecho como la unidad ontológica que es y particularmente con la finalidad del Derecho del Trabajo, es decir su carácter protectorio.

- El *in dubio pro operario* limitado al derecho (Situación superada con la modificación del Art. 9 LCT)
- Art. 10 LCT. Muchas veces se imputa al trabajador, en circunstancias de extinguir el contrato de trabajo, la violación del principio de continuidad del mismo, cuando la función de todos ellos –los principios- es operar en su favor. Por este camino se consigue el resultado inverso y como tal absolutamente asistémico.
- Arts. 17 y 81 El trabajador debe probar acabadamente el carácter discriminatorio del acto. Este criterio fue superado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).
- Art. 29 LCT. Se ha sostenido, en casos de interposición de personas, que la registración del contrato hecha por el hombre de paja supone el cumplimiento de las obligaciones del empleador real. De este modo se

- debilita la función antifraude de la norma, es decir se sostiene una interpretación que se contrapone con la finalidad de la misma.
- Art. 62 LCT. Frente al incumplimiento de normas de orden público laboral la jurisprudencia ha imputado al trabajador la no observación del principio de buena fe para no hacer lugar a su demanda, haciendo prevalecer, asistémicamente, el interés del empleador por sobre la protección debida al trabajador.
 - Art. 66 LCT. Su no aplicabilidad a los casos de despido. Criterio superado por la modificación de la norma.
 - Art. 75 LCT. Se sostuvo que como la norma en análisis (texto según la norma estatal 21.297) no contenía sanción por el incumplimiento a lo allí dispuesto, no existía acción. Tal criterio pretendía que había obligaciones contractuales que no tuvieran la correspondiente acción por su incumplimiento, desconociendo lo que disponía, en tiempos de su vigencia, el Art. 505 código velezano. El criterio quedó desplazado por la jurisprudencia de la CSJN.
 - Art. 132 bis. Se pone en cabeza del trabajador la carga de la prueba del incumplimiento en el ingreso de las retenciones efectuadas cuando quien está en mejor situación para probar es el empleador que posee los comprobantes (cuando efectivamente haya ingresado las retenciones, claro).
 - Art. 241 LCT. El mutuo acuerdo gratificado. Se sostiene que se puede pactar libremente un pago por la extinción del contrato por mutuo acuerdo cuando las formas de hacerlo –la extinción del contrato- no son disponibles para las partes, violando así el orden público laboral y las técnicas de protección desarrolladas por la materia.
 - Art. 245 LCT. En muchas ocasiones los juzgados laborales han intimado, como requisito formal del escrito de demanda, a denunciar el tope dispuesto en el segundo párrafo de la norma cuando dicho tope es una defensa que puede interponer el empleador; para ello se argumenta que se trata de una disposición de orden público. Al pensar de tal manera se pasa por alto que el orden público laboral resulta ser una especie del género orden público de protección y que, como tal, funciona unidireccionalmente a favor del débil de la relación jurídica de que se trate. Lo que constituye otra clara interpretación asistémica del derecho aplicable.

Interpretación discriminatoria

Sabemos que hay conductas discriminatorias y normas discriminatorias, pero nos debemos ocupar, ahora, de la interpretación discriminatoria de la norma.

El caso paradigmático en nuestro derecho fue el de la ley 23.592, llamada antidiscriminatoria.

Como es sabido dicha norma adopta medidas contra quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional (y tratados en los que la Nación sea parte, debemos agregar).

Pues bien, hubo una interpretación muy extendida que sostenía que dicha ley tenía el carácter de general y que las normas laborales eran normas especiales y que, por lo tanto, estas últimas prevalecían por sobre la primera. Resultado, la ley 23.592, según este criterio, se aplicaría a todos los habitantes del país menos a los trabajadores, quienes revisten -paradójicamente- la condición de sujetos de preferente tutela constitucional.

Es evidente que estamos frente a una interpretación discriminatoria de la norma por cuestiones sociales. Aunque también porta el vicio de interpretación asistémica al no tomar en cuenta lo dispuesto por el Art. 14 bis CN.

El tema fue superado por la jurisprudencia de la CSJN, en el caso Alvarez c. CENCOSUD de la CSJN.

LAS TÉCNICAS LABORALES CLÁSICAS DE INTERPRETACIÓN

Desde antiguo se sostuvo que el *principio protectorio* se encontraba conformado por tres reglas: la de la norma más favorable, la de la interpretación más favorable y la mejor condición alcanzada.

Ya afirmó Cornaglia (1995) que en realidad estas reglas están más vinculadas al principio de progresividad que al protectorio, pues a través de ellas se aseguraba, cuando menos, el cumplimiento de la prohibición de regreso del mejor nivel protectorio alcanzado. Y ello por cuanto por sus efectos siempre habrá de aplicarse la norma, interpretación o nivel alcanzado que asegure la efectividad de la protección.

Con los ejemplos que vimos en los apartados anteriores vemos que no siempre ello se ha alcanzado por lo que corresponde que analicemos cada uno de ellos para explicar, y explicarnos, cómo fue que han funcionado.

In dubio pro operarii

La regla interpretativa del acápite es establecida en el Art. 9 LCT que ordena: *En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.*

Como se ve, la condición necesaria para que la norma sea aplicable es que existe *duda* en el ánimo del operador del derecho.

Esto nos lleva a pensar que si dicho operador no tiene *duda* de que corresponde la interpretación o la aplicación de la norma menos favorable, podrá aplicar su criterio sin violación de la disposición legal, *porque no tiene duda*. Es decir, si no hay duda no regirá la obligación elegir la interpretación o norma más favorable.

Lo expuesto parece ser la razón última por la cual vemos, en los ejemplos arriba citados, que el *in dubio* no se aplica.

La mejor condición alcanzada

Refiere la regla a las condiciones más favorables alcanzadas en el marco de la relación laboral, hayan sido pactadas por las partes o se hayan incorporado por decisión unilateral del empleador.

Esta regla permite defender el mantenimiento de esas mejores condiciones ante la posibilidad de ser retaceadas o revocadas por el empleador; lo que era considerado como posible por quienes no reconocían que la relación laboral se encontraba regida por un contrato de trabajo.

El problema se vincula, claramente, con la irrenunciabilidad de derechos por un lado y con el cumplimiento de la prohibición de regreso por la otra.

La situación ha sido ¿definitivamente? resuelta por la modificación del Art. 12 LCT que agregó la frase *el contrato individual de trabajo*, incluyendo así a la mejor condición alcanzada dentro de los derechos irrenunciables por los trabajadores.

Replanteo del tema

Lo hasta acá expuesto nos podría hacer caer en el más crudo pesimismo sobre el futuro del derecho del trabajo y la efectiva vigencia de su condición protectoria.

Casi como que la interpretación de la ley laboral se constituye en una tarea librada al *libre albedrío* de quienes tienen la potestad de aplicar el derecho en cada caso concreto.

¿Pero es realmente así? ¿Existe tal libre albedrío? ¿Se puede interpretar la ley laboral con independencia de todo criterio orientativo?

La sola enumeración de las preguntas orienta nuestro sentido común jurídico hacia respuestas negativas; pero, si existen, cuáles son esas mandas o límites a la tarea interpretativa de los jueces (también de los doctrinarios y profesores del derecho del trabajo, como así también del resto de los operadores del derecho del trabajo, tales como los abogados litigantes, la autoridad laboral, etc.)

UN NUEVO PARADIGMA INTERPRETATIVO

Ante las dificultades que señalamos parece claro que para establecer un modo argumentativo eficaz y ajustado a la realidad de las relaciones laborales debe recorrer un iter legislativo amplio, teniendo en cuenta las disposiciones que encontramos en el derecho positivo, tanto interno como internacional, y teniendo en cuenta, particularmente, que nos encontramos bajo un nuevo paradigma interpretativo, el de los derechos humanos, de los cuales el derecho del trabajo es un capítulo.

Desde el comienzo aclaramos que utilizamos la palabra paradigma en forma bastante alejada del uso que se le da en el ámbito de la epistemología. Utilizamos la palabra en una significación vinculada a *modelo*, pero modelo que tiene la pretensión de ser aceptado por la comunidad jurídica y que contenga los modos, cuasi determinantes, de la forma en que se *debe* realizar la tarea interpretativa en el ámbito del derecho del trabajo.

Y si tenemos la pretensión de *nuevo* no es porque pensemos que estamos en la *etapa del descubrimiento* sino más bien que pretendemos realizar un replanteo y resistemización de elementos existentes que puedan iluminar el problema desde una perspectiva más amplia y por lo tanto distinta a la hasta hoy aplicada.

Recordando lo afirmado, a partir de la ya señalada formación positivista de todos nosotros, siguiendo en un punto una línea de menor esfuerzo, dejamos expreso de lado toda incursión ajena a la misma, con una excepción: creo que el

objeto del derecho es la conducta en interferencia intersubjetiva y, en dicho marco, el problema de la axiología, que se encuentra presente en la inmanente libertad de las personas, en modo alguno puede ser ajeno a la tarea del intérprete.

Debe señalarse, además, que tal como queda demostrado con los *errores* interpretativos descritos, el principal problema que tiene el derecho del trabajo, desde una visión protectora, es –justamente– la no recta aplicación de la norma sancionada. Con lo cual, realizar la tarea leyendo la norma tal cual está escrita y no como nos dicen que lo está, es decir, con sentido crítico supone, en esta etapa, un claro avance: lograr que las normas se apliquen en su plenitud protectora.

Dedicaremos nuestra atención a la realidad de nuestro derecho interno luego de la reforma constitucional del '94, cuya trascendencia e importancia huelga ya señalar, dada la cada vez más intensa vigencia *real* del derecho internacional de los derechos humanos en nuestra cultura jurídica y consecuentemente en el contenido de las decisiones judiciales.

Así, analizaremos los parámetros interpretativos que vienen de la mano del derecho internacional de derechos humanos, de la misma condición *óptica* del trabajador y desde nuestro propio sistema constitucional.

LA INTERPRETACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin pretensión de exhaustividad podemos señalar que desde los derechos humanos se nos ofrecen como pautas interpretativas: la inherente dignidad del ser humano, el principio pro persona, el principio de no discriminación, el derecho AL trabajo y el control de convencionalidad.

La inherente dignidad del ser humano

Sostiene Gialdino (2013) que la dignidad no es algo al que el hombre tenga derecho, sino que es un atributo de su personalidad misma, algo que el hombre es por el solo hecho de serlo, constituyendo el fundamento mismo del sistema internacional de los derechos humanos; hace a su objeto y fin.

Dicho de otra manera, el sistema internacional de los derechos humanos tiene como fundamento la protección de esa inherente dignidad, propia del ser

humano, de modo de protegerla en cada instancia en que pueda encontrarse amenazada.

Y en el marco de esta protección no sólo convoca a los Estados sino también a los habitantes de nuestra latinoamérica que, al decir del ya mencionado Gialdino (2013), debe comportarse fraternalmente, en pleno respeto por los derechos, la individualidad y en definitiva la *dignidad* del otro. Lo que se traduce en una vigencia *vertical* de los derechos humanos (en el primer caso) y una vigencia *horizontal* en el segundo. Siendo claro entonces que existe en el marco de las relaciones *persona a persona*, de las que participa el derecho del trabajo, la obligación de respetar irrestrictamente esa inherente dignidad que venimos mentando.

Mucho más cuando en nuestro derecho el segundo párrafo del Art. 4 LCT define claramente que la prestación de la *persona que trabaja es la actividad productiva y creadora del hombre en sí*.

Cuando el legislador enfatiza *en sí* lo que nos está diciendo, a través del modo reflexivo, es que lo que está en juego es la propia esencia del ser humano, en la cual -en primer lugar- está la propia vida, continente y contenido de su existencia y por consiguiente de sus derechos.

Y si es la propia vida del trabajador la que se encuentra comprometida en el cumplimiento de la prestación a cumplir, menester es considerar que en cuanto vida está comprometido un aspecto esencial de la misma: la inherente dignidad de la persona que trabaja.

Razón por la cual el derecho del trabajo se constituye en un capítulo de los derechos humanos.

El principio pro persona (Art. 29 Convención Americana de Derechos Humanos CADH).

El principio por persona resulta un modo de interpretar las normas jurídicas directamente derivado de la ya señalada dignidad del ser humano y del régimen de los derechos humanos que, conforme el ideal del sistema, tiende a la realización libre de las personas, alejados de todo temor y de la miseria.

La función del *principio pro persona*, es la de asegurar la plena vigencia de los derechos y garantías que los tratados reconocen, y para ello estatuye que las normas que otorgan o reconocen derechos deben ser interpretados con criterio amplio, de manera de favorecer su vigencia. Y las normas restrictivas de derechos deben ser

interpretadas restrictivamente a fin de asegurar que la excepción no se aplique más allá de su estricto ámbito.

Por el doble juego se asegura el pleno goce y ejercicio de los derechos que le son reconocidos a la persona humana y como parte de ellos a la persona que trabaja.

En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ya en el año 2003 sostuvo que

“Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, 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 igualmente” (Opinión Consultiva 18, Párr. 156).

El principio de no discriminación

Es de todos conocidos que no hay tratados de derechos humanos que no contenga normas que prohíban la discriminación en todas sus formas, siendo además claro que las diversas enumeraciones no constituyen *numerus clausus* sino que por el contrario constituyen taxonomías abiertas a la incorporación de las nuevas formas que el avance de la conciencia jurídica universal va ampliando permanentemente.

Pero la discriminación no sólo puede tener andamiaje en hechos, en conductas, que contengan el estigma de la discriminación; también es posible la existencia de *normas* y sus *interpretaciones* que resulten discriminatorias.

Con respecto a las primeras no tenemos más que recordar el Art. 39.1 de la ley de riesgos del trabajo, que impedía al trabajador la posibilidad de obtener una indemnización integral del daño sufrido, y ello por la sola condición de serlo.

También se pueden hacer interpretaciones de la ley por las cuales se le niega a alguien lo que le es reconocido a la generalidad. Típico caso de interpretación discriminatoria es el vinculado a la ley 23.592 (antidiscriminatoria) que se juzga

aplicable a todas las personas menos a los trabajadores y ello por el sólo hecho de serlo, situación ya citada.

Y resulta obvio que el sistema internacional de los derechos humanos prohíbe tanto unos como otros.

En particular corresponde citar el Convenio 111 y Recomendación 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establecen la prohibición de toda discriminación en las relaciones del trabajo.

Las señaladas normas definen el contenido del término *discriminación*, no sólo a “*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social*” sino que vincula tales conductas a los efectos que puedan tener sobre la igualdad de trato en el empleo. Ampliando la Recomendación 111 dispone que los términos empleo y ocupación comprenden también las condiciones de trabajo, camino por el cual dichas condiciones, cuando afecten la inherente dignidad del ser humano, deben ser consideradas discriminatorias.

Como pauta interpretativa y conforme los estándares tanto nacionales como internacionales los actos jurídicos que impliquen conductas discriminatorias son absolutamente nulos.

El principio de progresividad

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos como así también el Art. 1 del Protocolo de San Salvador y el 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instituyen el principio de progresividad, por el que debemos entender la obligación de los Estados a proveer progresivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías reconocidos a las personas.

Dicho principio ya había sido conceptualizado por Cornaglia (1995) como uno de los principios fundantes del Derecho del Trabajo.

Mucho se ha escrito sobre la problemática de la progresividad y en particular sobre la promesa incumplida del derecho del trabajo de progresivamente cerrar la brecha entre los que más y los que menos tienen. Promesa incumplida de resolver la *cuestión social*.

Mucho menos se ha escrito sobre otro de los aspectos de la progresividad, su sentido *unidireccional*.

Por ello, y en palabras de Gialdino (2013), debemos entender por unidireccionalidad la prohibición de una marcha en sentido contrario al logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, 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”.

La unidireccionalidad del principio de progresividad, en cuanto supone la prohibición de nuevas reglas o criterios interpretativos que disminuyan los niveles de protección ya alcanzados, genera importantes consecuencias.

Para comenzar la violación de la unidireccionalidad acarrea la inconventionalidad de la regla que la imponga y por lo tanto su nulidad e inoponibilidad.

Un caso de particular interés es cuando la nueva norma *in pejus* deroga la regla más protectora. La dogmática tradicional sostiene que una ley derogada no puede ser repuesta en su vigencia por la derogación de la que así lo dispuso. Entendemos que a la luz del principio de progresividad dicha tesis debe ser revisada. Pongamos por caso que una ley disponga que la indemnización por despido se calculará a razón de medio mes de sueldo por año de antigüedad (para nada impensable teniendo en cuenta nuestra historia reciente) en lugar de hacerlo a razón de un mes de sueldo por año de antigüedad como es en la actualidad (Art. 245 LCT). Una norma de esta naturaleza resulta derogatoria de la norma más favorable, porque así se lo disponga expresamente o porque la nueva norma resulta frontalmente contradictoria con la anterior (derogación tácita).

Una disposición de tal naturaleza, es de toda obviedad, constituye una modificación desprotectora de los trabajadores y, en tal circunstancia, a más de violar el Art. 14 bis CN en cuanto no cumple la manda constitucional de proteger, también viola el principio de progresividad en su faz unidireccional (se disminuye el mejor nivel de protección alcanzado).

Pues bien, supongamos que en buen derecho la nueva norma es declarada inconventional y por lo tanto inaplicable; pero si la norma más beneficiosa fue derogada y no se puede reponer en su vigencia por la ineficacia de la anterior la

pregunta es ¿Qué norma habremos de aplicar? La nueva ley es contraria al bloque de convencionalidad, no se aplica; la anterior está derogada, no rige ¿Se queda el trabajador sin indemnización?

Lo absurdo de una respuesta afirmativa nos demuestra el error del razonamiento que la sostiene. Es necesario entonces volver a analizar la cuestión.

El principio de progresividad, en su faz unidireccional, plantea la ineficacia jurídica de las legislaciones que disminuyan los niveles de protección alcanzados; en consecuencia, la deriva interpretativa que se pueda hacer no puede tener como resultado ningún otro que no sea, cuando menos, la del mantenimiento de ese mejor nivel protectorio que la nueva norma vulnera.

Si lo que el principio en análisis persigue es, como se dijo, impedir la disminución del nivel protectorio alcanzado, el resultado de la aplicación de la irretroactividad no puede ser otro que el de mantener ese nivel.

En consecuencia, la unidireccionalidad del principio de progresividad, contiene en sí mismo y como condición de mantenimiento de la protección no sólo la inconventionalidad de la norma o interpretación desprotectoria sino también, y repetimos: necesariamente, la inconventionalidad de la derogación resultante. Como consecuencia de ello, y como único modo de mantener el nivel alcanzado, la norma derogada continuará en su vigencia.

Lo que se advierte, nos reiteramos, es que no sólo resulta ineficaz la sanción de la norma desprotectoria sino también la derogación de la anterior, sea expresa o tácita, puesto que, de no ser así, el resultado de la anulación de la nueva norma y la inaplicabilidad, por derogada, de la anterior coloca al sujeto protegido en aún peor situación.

Por lo expuesto corresponde sostener que por efecto del principio de progresividad en su faz unidireccional, declarada la inconventionalidad de la norma desprotectoria recobra vigencia la anterior de mayor nivel de protección.

El derecho al trabajo

Recordábamos párrafos arriba que la prestación debida por el trabajador constituía su actividad *creadora en sí*, y decíamos que el modo reflexivo hacía referencia a la esencia misma del ser humano.

Como dice Gialdino (2013) *no es el Homo faber, el Homo economicus, el Homo ridens, el Homo ludens, u otra especie inhallable, lo que ha ocupado la plaza central de dicho sistema, sino el hombre pleno, en toda su extensión y hondura.*

Y si en el trabajo hallamos al hombre pleno en toda su extensión y hondura, queda claro que en dicho trabajo se encuentra comprometida la propia vida del trabajador, encontrando como parte inescindible de ella a su propio cuerpo, que es el vehículo o instrumento de su propia actividad.

Por este camino, al estar comprometida la persona humana en su integridad, el derecho social deviene en derecho AL trabajo, locución por la cual se señala que la persona tiene derecho a tener un trabajo, dado que el trabajo es estructurante en el marco mismo del ser humano en sociedad; que dicho trabajo sea digno, o sea que permita una vida libre de la miseria y el temor y posibilite la realización del proyecto de vida; y, finalmente, a no perderlo sin justa causa.

Se advierte así que el derecho del trabajo resulta ser un capítulo de los derechos humanos y como tal no solo le alcanzan los derechos que tiene como persona que trabaja sino que además, al interior de la empresa, continúa gozando de los llamados derechos inespecíficos, propios de toda persona.

Resulta así que el trabajador posee una doble protección, en cuanto persona y en cuanto trabajador, por cuanto en modo alguno se puede tolerar que se afecte, en el marco de la ejecución del contrato de trabajo, esa inherente dignidad que le es propia, en tanto personal, al trabajador.

Uno de los aspectos del derecho AL trabajo que debiera generar mayor interés es el tercer aspecto, el de no perder el trabajo sin justa causa. Sobre todo, a partir de la ratificación por nuestro país del Protocolo de San Salvador.

Dicho instrumento reconoce en su Art. 6 el derecho AL trabajo y en el 7 dispone las Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de Trabajo que los Estados signatarios se comprometen a respetar.

Este artículo dispone, con respecto a la estabilidad en el empleo, lo siguiente *“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:... inc. d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y*

profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”

La norma pone en cabeza del trabajador, en forma clara y asertiva, la posibilidad de optar, en casos de despido injustificado, por la indemnización por despido que disponga la legislación local, por la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional. Obviamente para nosotros cobra especial importancia, dado que la legislación local no establece un régimen de estabilidad real, la posibilidad que otorga el Pacto de que el trabajador pueda optar por la readmisión en el empleo.

Lo así dispuesto se encontraba con la limitación, dispuesta en el Art. 19.6, por el cual sólo podían recurrirse a la Comisión y Corte IDH la violación a la libertad sindical y el derecho a la educación; con lo cual quedaba vedada la posibilidad de reclamar ante el sistema interamericano de derechos humanos los temas vinculados al derecho AL trabajo, entre ellos la readmisión al empleo. Lo que fue resuelto por la Corte IDH en el año 2017 mediante una reinterpretación del Art. 26 CADH que analizaremos más adelante.

Es así que hoy, en nuestro país, rige (aunque aún no tenga impacto jurisprudencial) el derecho del trabajador a reclamar la readmisión en el puesto de trabajo en los casos de despido injustificado.

Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un método de control de las decisiones locales desarrollado pretorianamente por la Corte IDH con la finalidad de asegurar que, al momento de decidir, las autoridades locales aseguran que las normas de derecho interno sean compatibles con las normas de la CADH o la interpretación que de ellas haya hecho la misma Corte.

Este control de convencionalidad, sostiene la misma Corte, debe realizarse, aún de oficio, por los agentes del Estado, principalmente los jueces, fiscales y defensores (CorteIDH, Cuadernillo 7, Control de convencionalidad). Esta obligación en un país como Argentina de control difuso de constitucionalidad es probable que tenga consecuencias menos espectaculares que en otros con un sistema de control centralizado en una Corte Constitucional. Ello por cuanto la obligación del control de convencionalidad, al ser puesto en cabeza de cada uno de los operadores jurídicos

rompe, de hecho, con el control centralizado de las decisiones judiciales y aleja la posibilidad de control por los poderes establecidos del rumbo jurisprudencial de un Estado.

Desde esta perspectiva el control de convencionalidad, al convertir a todos y cada uno de los operadores jurídicos de un Estado en *jueces convencionales* democratiza, al ponerla en cabeza de una mayor cantidad de personas, la toma de decisiones posibilitando la existencia de una mayor cantidad de voces para resolver la vigencia efectiva de los derechos humanos en nuestra Latinoamérica

DESDE LA CONDICIÓN ÓPTICA DE LA PERSONA QUE TRABAJA. SU ESTADO DE NECESIDAD

¿A qué nos referimos con la condición óptica de la persona que trabaja? Pretendemos hacer referencia a esa condición estructural del trabajador por su sola condición de tal. Su condición de hiposuficiente por encontrarse en estado de necesidad.

Dicha condición de hiposuficiente la tiene *todo* trabajador por la sencilla razón de que su único capital es su fuerza de trabajo, la que no resulta acumulable por su condición de efímera; fuerza de trabajo que, por añadidura, debe colocar (vender) en el mercado para obtener lo necesario para la subsistencia. Siendo que su único comprador, quien detenta los medios de producción, puede esperar para contratar apoyado en la perdurabilidad de sus bienes y en la oferta de mano de obra.

De esta realidad surge una relación social de poder (Cornaglia 1995) en la cual alguien le puede decir a otro alguien que hacer, como hacer, cuándo hacer y dónde hacer, con el agravante de que si no se obedece el comprador de la mano de obra posee, además, la posibilidad del castigo (poder disciplinario), la exclusión del colectivo laboral, el despido.

Vemos así, que quien trabaja, en pos de obtener su sustento entrega, en el marco de la relación de trabajo, espacios de su libertad personal, demostrando la experiencia histórica que el sujeto fuerte de la relación ha aprovechado y abusado de esa necesidad generando tipos de regulación alejados de todo parámetro de equidad y justicia. Lo que sólo es concebible dado el verdadero estado de necesidad en que el trabajador llega al contrato.

Es ese estado de necesidad, que se traduce en su hiposuficiencia negocial, la que viene a atender el derecho del trabajo.

Y no se piense que este fenómeno es exclusivo de la época de la revolución industrial en Gran Bretaña, sino que se puede ver todos los días en el ámbito mismo de Buenos Aires y ni hablar en el resto del país (situaciones de trabajadores sometidos a servidumbre, trabajo infantil, los niños bandera, el trabajo en negro, el no pago de las horas extras, las supuestas cooperativas de trabajo, etc.).

Dicho de otra manera, en la base del derecho del trabajo, su objeto y fin, se encuentra la necesidad de proteger al trabajador en tanto sujeto débil de la relación de trabajo. Circunstancia que de tan evidente ha encontrado eco en la Constitución Nacional la que dispone en su Art. 14 bis una verdadera garantía constitucional de protección.

Pues si reparamos en la definición que del término necesidad da el Diccionario de la Real Academia Española, cualquiera de las cinco primeras que elijamos, nos ubica en una realidad que le es propia al trabajador. Aquella en la que se encuentra en riesgo, de algún modo, su propia existencia.

Arribamos a una primera conclusión, que más que presumirse la *necesidad* resulta connatural a su condición: el trabajador *vive* en estado de necesidad, con lo cual debe tenerse en cuenta como un dato insoslayable de la realidad fáctica y jurídica.

Una segunda conclusión. Cada vez que nos encontremos con un acto jurídico laboral en el que no se respeten los mínimos garantizados *sabremos* que el trabajador actuó en su *habitual* estado de necesidad, lo que le impidió resistir el despojo por lo que estaremos en presencia de un acto ineficaz (Arts. 7, 13 y 14 LCT).

La norma también dispone que el estado de necesidad se presumirá cuando la ventaja patrimonial obtenida sea desproporcionada y sin justificación. Podrá coincidirse en que si lo que establecen las normas laborales es un mínimo garantizado y las prestaciones son, comúnmente, de carácter alimentario o hacen a la salud y la seguridad de los trabajadores, la ventaja a obtener cuando se viola dichos mínimos, vista desde el sujeto protegido, no puede menos que ser desproporcionada puesto que pone en riesgo la subsistencia, la salud y la integridad psicofísica, todos violatorios del derecho a la vida (Arts. 279, 332, 383 y concordantes CCCN).

Siguiendo con el análisis de la norma ¿Cuándo hay *violencia*? Dice el Diccionario de la Real Academia que *violencia* es una acción *violenta o contra el natural modo de proceder*. (Acepción 3), *violento/a* es *que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia*. (Acepción 7) y *violentar* es *aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia o dar interpretación o sentido violento a lo dicho o escrito o poner a alguien en una situación violenta o hacer que se moleste o enoje* (Acepciones 1, 2 y 4) (Art. 276 CCCN).

Como se puede advertir no surge que la violencia deba ser necesariamente física, la violencia también puede ser moral o psicológica. Y, si coincidimos que un acto que se ejecuta con violencia (reiteramos física o moral) es un acto violento, podemos concluir que violencia es aquella acción contra el natural modo de proceder que se ejecuta fuera de razón y justicia.

En estos términos, un acto jurídico laboral que se ejecuta aprovechando la situación de necesidad de la persona que trabaja, en principio y cuando menos, resulta ser un acto ejecutado con violencia, generalmente moral pero no pocas veces también física.

¿Y cuáles son las consecuencias de lo hasta acá analizado? Siendo que el trabajador se encuentra *connaturalmente* en estado de necesidad y ello constituye no sólo un dato sociológico sino además un dato de nuestro sistema jurídico desde que es constitucionalmente receptado, dicha situación necesariamente *tiñe* la tarea interpretativa del operador del derecho. Así, primero deberá reconocer la existencia de dicho estado y como consecuencia de ello reconocerlo sin necesidad de prueba alguna, o cuando menos *presumirla*, atento la naturaleza de las relaciones del trabajo y el carácter protectorio de la materia.

DESDE NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Adelantamos en el apartado anterior que nuestro sistema constitucional recepta la protección debida al trabajador, pero no solamente ello, también con la modificación constitucional del '94 ha modificado el sistema de control de constitucionalidad.

La garantía constitucional de protección

Se sostiene desde antiguo que el principio fundamental de nuestra materia es el Principio Protectorio, principio que, sostenemos, en nuestro derecho ha dejado de existir como tal para convertirse en una verdadera garantía constitucional de protección.

Ello resulta evidente a poco que leamos con espíritu crítico el Art. 14 bis CN. Dicha norma dispone que *el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán condiciones dignas y equitativas de labor.*

Si además recordamos que las supuestas reglas del principio protectorio (la de la interpretación más favorable, la de la aplicación de la norma más favorable y la mejor condición alcanzada) más que reglas de este principio son reglas del principio de progresividad, tal como ya fue explicado, resulta evidente entonces que la protección constitucionalmente ordenada va a estar constituida por la totalidad de la normativa laboral que tendrá como condición misma de su validez constitucional la obligación de ser *protectoria y asegurar condiciones dignas y equitativas de labor.*

Para determinar si una norma resulta protectora o no ya no alcanzará para analizarla de manera individual, aislada, en un análisis estático de la realidad (una foto) sino que deberemos realizar ese análisis en comparación con la situación existente al momento en que la nueva norma empieza a regir, en un análisis dinámico de esa realidad (una película).

Es el único procedimiento que nos permitirá determinar si una norma resulta ser protectora (si aumenta o cuando menos mantiene los niveles ya alcanzados) o por lo contrario es desprotectora (si disminuye esos mismos niveles).

Acá entra en juego la regla de la norma más beneficiosa, mediante la aplicación de los principios de progresividad (en su faz *unidireccional*) y el principio pro persona, como herramienta útil para determinar, justamente, si la nueva norma cumple o no con la manda constitucional, superando la limitación que la misma tiene en la doctrina tradicional que requiere la existencia de dos normas vigentes.

En esta lectura que realizamos del Art. 14 bis CN nos lleva necesariamente y como parte del test de constitucionalidad a comparar la norma nueva con la anterior lo que habilita la utilización de la mencionada regla.

En definitiva, toda norma que no sea protectora conforme el análisis que propugnamos resultará ineludiblemente inconstitucional por no cumplir con la garantía de protección.

En tal sentido ya ha dicho la CSJN, en modo más que contundente, que *“Esto es así, pues una vez establecido que la disputa interesa al trabajo del Art. 14 bis citado, el principio protectorio que este enuncia y el **carácter inviolable de los derechos que reconoce**, conducen necesariamente a la indisponibilidad y la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo 'en todas sus formas', vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado”* (CSJN, entre otros: Fallos: 335:729, “Iribarne, Rodolfo c/ Estado Nacional - Honorable Senado de la Nación-”; Fallos: 335:1251, “Ambrogio, José y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes”; Fallos: 335:2219, “Martínez, Adrián Omar c/Universidad Nacional de Quilmes”; Fallos: 335: 2219, “Corrado, Jorge Guillermo y otros el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otro s/ proceso de conocimiento”).

El Art. 75 inc. 23º CN.

La norma del acápite dispone que corresponde al Congreso *“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 esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”*.

Una lectura desapasionada y sin subterfugios nos depara una realidad incontestable: toda norma que no asegure *el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos* no podrá pasar el test de constitucionalidad.

Ya no será suficiente que la norma reglamente razonablemente, que no *pulverice* la garantía constitucional que se reglamenta, sino que deberá propender nada más y nada menos que a su pleno goce y ejercicio.

Y lo dicho nos lleva a otra conclusión, ineludible. ¿Podrá el intérprete realizar lo que no puede la ley? Podrá sostenerse una interpretación que resulte restrictiva de los derechos reconocidos, una interpretación que no reconozca el pleno goce y ejercicio de esos derechos.

Si la economía de la Constitución pasa por la progresividad de los derechos, por su pleno goce y ejercicio, una interpretación restrictiva resulta por completo

contraria a dicha orientación y por lo tanto *asistémica*, razón que determina que deba descartarse de plano.

Y acá debemos vincular el tema con la duda en la interpretación de la ley. Se ve ahora más claro aún, que la interpretación de la norma laboral deberá hacerse siempre de manera de lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA)

Ha existido (¿existe?) una larga discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ahora también ambientales.

No es del caso desarrollar acá los argumentos expuestos en uno u otro sentido, sólo señalar que el Protocolo de San Salvador (adicional a la CADH) que determina las obligaciones de los Estados miembros de la OEA respecto este tipo de derechos, en su Art. 19.6 determina que sólo resultan justiciables ante el sistema interamericano de derechos humanos (la Comisión IDH y la Corte IDH), las garantías referidas a la libertad sindical y a la educación, con lo que aparecían como alineados dentro de una postura restrictiva de la justiciabilidad de estos derechos.

Esto fue así hasta que la Corte IDH en el caso Lagos del Campo vs. Perú (31 de agosto de 2017), en jurisprudencia reiterada en Trabajadores de Petroperú vs. Perú y San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela, realizó una reinterpretación del Art. 26 CADH.

A través de la interpretación de éste artículo la Corte IDH realizó una tarea de integración de distintas normas (entre ellas la Carta de la OEA, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, el Protocolo de San Salvador), para concluir que los DESCAs (en el caso el derecho a la estabilidad ante el despido injustificado dispuesto en el Art. 7.d del PSS) se encuentran subsumidos en el Art. 26 CADH y por lo tanto, por esta vía, resultan justiciables; con lo que cambió radicalmente la línea argumental que venía llevando.

Es así que la Corte IDH ha resuelto que los DESCAs en el SIDH son justiciables lo cual, a través de la herramienta del control de convencionalidad, resulta de obligatoria observancia en nuestros países.

EL FRAUDE LABORAL

El fraude en materia laboral, si debiéramos atenernos a la experiencia, parece ser consustancial al derecho del trabajo. Son más que habituales las maniobras que se realizan para eludir el cumplimiento de normas imperativas, particularmente con la utilización de normas de cobertura.

Tal es así que la ley de contrato de trabajo ha intentado dar respuesta a dicho fenómeno primero definiendo al fraude laboral y luego con las medidas antifraude contenidas en los artículos 28 a 31 LCT.

El Art. 14 LCT dispone: *“Nulidad por fraude laboral. Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”*.

Caracteriza la norma no sólo el disponer la nulidad del acto fraudulento (de la naturaleza de las cosas) sino que también identifica formas típicas de comisión; pero no sólo ello, también dispone que tales casos la relación laboral se regirá por la propia ley de contrato de trabajo, lo que constituye un típico remedio al fraude a la ley.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), en lo que constituye un importante avance, incorpora la definición y sanción al fraude a la ley en el segundo párrafo del Art. 12. En él dispone: *“El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

Estas disposiciones resultan utilísimas herramientas para poder, mediante la utilización del principio de primacía de la realidad, desarmar las habituales maniobras de simulación (equiparadas al fraude en la ley laboral) por las cuales se pretende ocultar la verdadera naturaleza jurídica de la relación a fin de eludir el cumplimiento de las normas imperativas de nuestra materia.

Debiendo recordarse, además, que la subsecuente nulidad debe ser declarada aún de oficio (Art. 387 CCCN) cuando la misma resulte manifiesta al momento de dictar sentencia.

Así tanto las disposiciones sobre fraude a la ley como las mencionadas medidas antifraude constituyen tan valiosas como indispensables herramientas para poder dilucidar el contenido jurídico de las relaciones habidas cuando se niega la existencia de un contrato de trabajo; posibilitando, mediante su oportuna utilización incorporar a la protección a aquellos trabajadores víctimas del tipo de maniobras que analizamos.

LOS EFECTOS DE LA NULIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo cristalizó con el dictado de la ley de contrato de trabajo (*rectius*: Régimen del contrato de trabajo) el régimen de nulidades partiendo de un hecho claro: la persona que trabaja, por su estado de necesidad, en los procesos laborales fraudulentos no es coautor, es víctima.

Así en el Art. 40 dispone que “*la prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador*”, reforzando dicha protección en el Art. 42 en el que dispone la inoponibilidad al trabajador de la nulidad del contrato de objeto prohibido; protección *cruzada* que hace que el trabajador nunca perderá, como consecuencia de una nulidad, los derechos a la remuneración, indemnizaciones y demás derechos adquiridos.

Como broche, la ley ordena que las nulidades *deben* ser declaradas por los jueces aun sin mediar petición de parte.

Se puede advertir que el sistema de nulidades así dispuesto, que se completa con el Art. 14 LCT en cuanto estatuye el fraude a la ley como causa de nulidad, diagrama un sistema de protección específico para la persona que trabaja ampliando la protección con respecto a lo dispuesto en el Código Civil de Vélez y aún en el Código Civil y Comercial actual.

LA REGLA DE CLAUSURA

El panorama descripto lo cierra, al modo de una regla de clausura, el principio pro persona (Art. 29 CADH) por el cual la Corte IDH dispone que *siempre* se debe estar a lo más conveniente para la persona protegida, dicho esto expresamente para el derecho del trabajo en la OC 18, párr. 156.

Con *al modo de una regla de clausura*, queremos significar que el principio pro persona, más allá de la existencia de duda o no en el operador del derecho y más allá de su opinión personal, *siempre* deberá interpretar las normas protectorias, y las del trabajo entre ellas, de la manera más favorable al sujeto protegido (la persona que trabaja en nuestro caso).

Con respecto a la prueba rige el segundo párrafo del Art. 9 LCT, el que dispone que “*si la duda recayese en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador*”

Es así, entonces, que toda interpretación y consiguiente aplicación de las normas, en el sistema interamericano, debe realizarse teniendo en mira lo que es más conveniente al sujeto protegido. Una verdadera norma de clausura: *siempre en favor del débil*.

Se advierte así que en América Latina y el Caribe teorías como la de la ponderación de Alexy, en el marco de los derechos de condición protectoria, debieran tener nula aplicación.

Si en los casos difíciles, según dicho autor, se debe *ponderar* los derechos/principios en contradicción a fin de determinar, en el caso particular, cuál tiene más *peso* para ser aplicado, poco tiene que ver con la situación hasta acá descrita; en nuestros países *siempre* se deberá estar a lo más conveniente a la persona protegida.

Debiendo señalar además que, si nos referimos a la teoría de Alexy, el *ponderar* no refiere a la simple selección de una norma entre varias, sino a la realización, en los casos difíciles, de un procedimiento complejo dirigido a determinar cuál tiene mayor *peso*.

EL CARÁCTER ABSOLUTO DE LA PROTECCIÓN DEBIDA

Al cabo de la exposición que venimos efectuando surge una pregunta absolutamente legítima: ¿Son absolutos los derechos de los trabajadores?

La respuesta *normal* es que no existen derechos absolutos, y para sostenerla se puede recurrir a los Arts. 14 y 28 CN, los que disponen “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”, el primero; y “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los*

anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Es acá, a esta altura del presente estudio, donde puede advertirse lo que se señalaba al comienzo, los análisis de la doctrina (incluso en la argumentación y la filosofía del derecho) se hacen sobre hipótesis propias del derecho civil, del derecho penal o, aún, sobre otras ramas del derecho que carecen de la nota específica de ser de carácter protectorio; es decir, que su razón de ser sea la existencia de un sujeto protegido, en nuestro caso el derecho del trabajo.

La pregunta del comienzo puede reformularse en los siguientes términos: ¿Es válido trasladar a los derechos de condición protectora las afirmaciones desarrolladas en el marco de derechos que no contienen dicha condición? ¿Una respuesta afirmativa, soporta una interpretación sistémica?

Podemos hacer un repaso de lo hasta acá dicho:

- La persona que trabaja se encuentra en un connatural estado de necesidad, lo que determina el carácter protectorio del derecho del trabajo.
- En virtud de dicho estado de necesidad nuestra Constitución establece en el Art. 14 bis una garantía constitucional de protección, pensada en términos imperativos: “El trabajo en sus diversas formas *gozará de la protección* de las leyes, las que *aseguraran* al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor”.
- En el derecho en general, y en los derechos de carácter protectorio en especial, rige un nuevo paradigma interpretativo, el de los derechos humanos, que pone a las personas como centro de imputación de derechos y garantías a partir de considerarlas, por el sólo hecho de ser personas, en su inherente dignidad.
- El derecho del trabajo considera al trabajo como la actividad productiva y creadora de quien trabaja, con lo cual ubica a la especialidad como un capítulo de los derechos humanos.
- En razón de esa pertenencia el derecho internacional de los derechos humanos generó el derecho AL trabajo, por el cual la persona que trabaja tiene derecho a un trabajo, a que éste sea digno y, fundamentalmente, a no perderlo sin justa causa; habilitándose a que, en dicha hipótesis pueda demandar la readmisión en el empleo.

- Como persona le alcanza la prohibición de discriminar, en especial por cuestiones sociales y por las condiciones de trabajo a las que es sometido.
- Desde antiguo se lo protege estableciendo al fraude laboral como instrumento de la protección debida.
- Se protege la mejor condición alcanzada en el marco del contrato de trabajo mediante la faz de no regresividad del principio de progresividad.
- El Art. 75, inc. 23 determina que la interpretación de las normas, las laborales entre ellas, debe estar orientada al pleno goce de los derechos y garantías reconocidos.
- La eficacia del derecho internacional en el derecho interno, particularmente la justiciabilidad de los DESCAs, se puede asegurar mediante el control de convencionalidad, aplicable aún de oficio.
- No se advierte, frente a esta plétora normativa dispuesta en favor de la persona protegida, norma alguna que pudiera habilitar el cuestionamiento a la protección prometida tanto a nivel constitucional como convencional. Y si se advierte, como ya se dijo, que el principio pro persona constituye una verdadera norma de clausura, la protección debida constituye un derecho absoluto.

CONCLUSIONES

En definitiva, si nuestra Constitución establece una garantía constitucional de protección al trabajo en sus distintas formas de modo de asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, tenemos una primera pauta interpretativa de cumplimiento insoslayable: Las normas, sí o sí, deben aumentar el nivel de protección o cuando menos no disminuirlos. Si no lo cumplen resultan inconstitucionales.

A similares conclusiones se llega analizando el principio de progresividad. Conforme el carácter unidireccional del mismo está prohibida la disminución de la mejor condición alcanzada.

Pero no sólo deben resultar protectorias, deben serlo de modo de asegurar el pleno goce y ejercicio de esos derechos, con lo cual no cualquier reglamentación

resultará constitucionalmente válida sino únicamente aquellas que cumplan con la condición.

En consonancia con lo dicho, y reforzando el criterio del *favor debilis*, las normas deberán interpretarse conforme el principio pro persona descartando consecuentemente cualquier interpretación que resulte discriminatoria, teniendo en cuenta que lo que está en juego en la prestación laboral es la inherente dignidad del ser humano.

No deberá olvidarse, cuando juzguemos la validez de un acto jurídico laboral, que el trabajador se encuentra *per se* en estado de necesidad, por el solo hecho de ser trabajador, y que por lo tanto todo consentimiento prestado que redunde en la pérdida de derechos deberá presumirse que se obtuvo aprovechando de dicho estado de necesidad.

En definitiva, siempre deberá estarse, en el derecho y en la prueba, a lo que resulte más favorable al trabajador, debiendo discutirse, tan solo, si los hechos invocados caen dentro de los tipos legales invocados.

No resultará nunca suficientemente reafirmado que lo expuesto no constituye mera retórica, palabras pretendidamente bonitas, sino cartabones que toda interpretación de la norma laboral debe cumplir *indefectiblemente* bajo apercibimiento de descartarse como una interpretación ajustada a derecho y en consecuencia válida.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

COSSIO, C. (1964). *La teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*.

Abeledo-Perrot

GIALDINO, R. (2013). *Derecho internacional de los derechos humanos. Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Abeledo Perrot.

ARTÍCULOS CONSULTADOS

CORNAGLIA, R. J. *El orden público laboral y el principio de progresividad*. En revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, septiembre de 1995, año XI, n° 121, tomo IX, pág. 645.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7. Control de Convencionalidad

NORMATIVA CONSULTADA

Constitución Nacional Argentina (Ley N° 24.430) Sancionada en diciembre 15 de 1994 y promulgada en enero 3 de 1995.

Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26994 Publicada B.O. 08 de octubre de 2014

Ley de Contrato de Trabajo 20744 Publicada B. O. 27 de septiembre de 1974

Ley de Jornada de Trabajo Nro 11544 Publicada B.O. 17 de septiembre 1929

Ley Sobre Discriminación Nro 23592 Publicada B.O. 05 de septiembre de 1988

Ley de riesgos del trabajo Ley 24557 Publicada B.O. 04 de octubre de 1995

Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica Ley 23054 B.O. 27-mar-1984

Corte IDH - Opinión Consultiva 18 del 17 de septiembre de 2003 sobre la condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

C111 - *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)* del año 1958

Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles – Ley 23313, B.O. 13 de mayo de 1986

OEA, *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948.

OEA, *Protocolo de San Salvador*. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Resolución del Presidente de la Corte de 14 de julio de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/lagos_fv_16.pdf.

Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de junio de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/petroperu_fv_16.pdf.

Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf

Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/ Despido. 14/09/2004 Sentencia del 14 de septiembre de 2004. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.s/ Despido discriminatorio. Sentencia del 07 de diciembre de 2010 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno. Sentencia del 19 de noviembre de 2009.

López, Juan Ismael Osvaldo c/ ARDAPEZ S.A. S/ Despido. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Sentencia del 22 de febrero de 2012.

ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA ‘ESTÉVEZ, CRISTIAN ANDRÉS’ A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA

Ríos, Melisa María⁸⁰

melirios2002@yahoo.com.ar

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis argumentativo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Cristian Andrés Estévez o Cristian Daniel Estévez en la causa Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas -causa n° 1669/1687 C-” de fecha 08 de junio de 2010.

Este fallo confirma la condena a 34 años y 6 meses de prisión del encausado Estévez, comprensiva de la pena a veinticuatro años de prisión impuesta por los delitos de robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia de arma de guerra, en concurso real, y la de diez años y seis meses de prisión impuesta el 13 de agosto de 1995 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, como autor del delito de homicidio en concurso real con lesiones leves.

Deviene necesario el análisis de la pieza sentencial toda vez que se pone en crisis la violación al mandato de certeza constitucional a partir de la nueva interpretación del art. 55 del Código Penal producto de la sanción de las Leyes N° 23077, 24192, 23597 y 23737, no observando las disposiciones de la Ley N° 26200 -implementación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional de Justicia suscripto el 17 de julio de 1998, aprobado por Ley N.º25390 y ratificado el 16 de enero de 2001-.

Esta cuestión es trascendental en materia penal, puesto que la tesis que se adopte por parte del órgano contramayoritario no sólo impactará en la escala penal prevista en abstracto, sino además en otros institutos tales como la prescripción - las penas de prisión como de reclusión perpetua lo hacen a los 30 años, mientras

⁸⁰ Melisa María Ríos es abogada y pertenece a la Asociación de Magistrados de la provincia de Entre Ríos.

que las de prisión perpetua es por el transcurso de un tiempo igual al de la condena y a partir de la reforma introducida por la Ley N.º25928 se elevan los topes-; la tentativa, ya que el quantum punitivo conforme al art. 44 del C.P. se elevaría hasta los 33 años de prisión para el caso de penas privativas de la libertad divisibles; la participación criminal, donde el cómplice secundario recibiría una pena cuya escala es idéntica a la tentativa; la inhabilitación –donde la rehabilitación operaría a los 25 años con arreglo al art. 20 ter párrafos primero y segundo del C.P.- y finalmente en la libertad condicional.

Tal como se encuentra redactada la norma referenciada, la inhabilitación absoluta temporal como de la libertad condicional se alteran notoriamente, puesto que los inhabilitados absolutos y los condenados a prisión o reclusión perpetua, satisfarían las condiciones y recuperarían su libertad antes que los inhabilitados temporales y los condenados a una pena privativa de libertad divisible. Igual circunstancia acontecería en el caso de la tentativa respecto de un delito reprimido con pena de prisión o reclusión perpetua y también con relación a los cómplices secundarios.

Tal como sostiene Langevin (1997), convierte a la reclusión y a la prisión perpetua en penas de menor gravedad en comparación con las penas privativas de libertad divisibles.

Por otra parte, el Estatuto de Roma prevé, en su art. 77, que la pena temporal no podrá superar los 25 años de prisión. Esta circunstancia generó honda preocupación en la doctrina ya que la justicia doméstica castiga punitivamente a los reos con penas superiores a las establecidas por aquél tratado que introdujo una reforma estructural y no coyuntural, donde el contenido de injusto de los delitos es de suprema gravedad, a punto tal que son imprescriptibles (art. 11 de la Ley 26200).

DESARROLLO

I. Análisis previo a la cuestión

El art. 55 del C.P. prevé en caso de concurso real de delitos, la escala penal prevista en abstracto será del mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas correspondientes a cada uno de los delitos intimados, el que no podrá exceder de 50 años de prisión.

La Ley N.º25928 que modificó la citada norma, fue sancionada en fecha 18 de agosto de 2004 y publicada en el Boletín Oficial en fecha 10 de septiembre de igual año.

Esta reforma varió ostensiblemente el tope en el monto de pena, elevándose de 25 años a 50 años de prisión.

Previo a ello, existía el consenso que el máximo legal de la pena de prisión o reclusión era de 25 años, lo que afloraba de las disposiciones del texto Ley N° 11179 al prever que la suma no podía exceder el máximo de la especie de pena de que se trate (art. 5 del C.P.I.). En este sentido, la pena más alta la contenía el art. 79 del C.P.I.; mientras que en el caso de la inhabilitación absoluta era de 20 años y en el de la inhabilitación especial de 50 años.

Ahora bien, a partir de la incorporación de los artículos 227 ter y 235 tercer párrafo a la Ley sustantiva (delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional) se alteraron los límites de las escalas penales, superando los 25 años de prisión contemplados en el art. 79 del C.P.I.

Los artículos precedentes forman parte de la Ley N.º23077 llamada “Ley de Defensa de la Democracia”, sancionada en fecha 09 de agosto de 1984, cuyo debate parlamentario arroja -a contrario sensu de lo ocurrido en la realidad- que se procuró no incurrir en la *estipulación de penas excesivamente altas y rígidas que conducen, en algunos casos, a manifiestas injusticias, y en otros, a una comprensible resistencia de los jueces a imponerlas* (Langevin 1997).

La legislación vigente, véase Leyes N.º24192 , introdujo una agravante en el art. 79 del C.P.I.-, y 23597 -elevó la escala penal cuando los delitos tuvieren por motivo o finalidad los elementos subjetivos previstos en su art. 2º- y 23737 - establece agravantes según el lugar de comisión, medios comisivos y calidad de sujetos pasivos en el art. 11º-, fijaron que de ninguna manera pueden exceder el tope máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Más allá de ello, el legislador entendió que las penas pueden sumarse de manera aritmética hasta los 50 años y tal razonamiento fue receptado por la CSJN en el fallo “Estévez” (Fallos: 333:866) donde avaló -por mayoría- la condena a 34 años y 6 meses de prisión.

Esta decisión del Alto Cuerpo cuenta con el voto en disidencia del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, quien entendió que la sanción de la ley que establece la pena del genocidio con masacre, el saqueo de una ciudad, la tentativa de desplazamiento forzado masivo de población, la práctica de la esclavitud y la extinción de una etnia sea menos grave que tres robos a mano armada.

Aquí comienza a delinearse una cuestión central en nuestro ordenamiento, es decir, cobra significado la mayoría que edifica el concepto de democracia –en palabras del Dr. Amaya-. Si para el intérprete constitucional es un tema cuantitativo, la deferencia hacia el legislador será menor, mientras que si se lo concibe como un principio, salvo que contenga una manifiesta inconstitucionalidad, el camino elegido por el legislador es una facultad exclusiva de este.

Nótese aquí la gran diferencia que se plantea con el caso “Rizzo”, donde el Dr. Lorenzetti, la Dra. Highton de Nolasco, el Dr. Fayt, el Dr. Petracchi, la Dra. Argibay y el Dr. Maqueda convergieron que el concepto de mayoría es una regla y que la Constitución es la interpretación que realizan los jueces, por ende, es el deber del Poder Judicial examinar las leyes en los casos concretos y cotejarlas con el texto de la Carta Magna a fin de averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella. En esa ocasión, el Dr. Zaffaroni, en concordancia con la visión de Kelsen, señaló que es un principio que integra el núcleo duro de ese modelo de gobierno y “no todo error político es una inconstitucionalidad manifiesta”⁸¹.

Previo a ello, la CSJN in re “Cullen c/ Llerena” de la CSJN, en contraposición al voto de la mayoría en “Rizzo” aplicó la teoría de las cuestiones políticas no judiciales, que defiende la necesidad de que los jueces se abstenerse de inmiscuirse en cuestiones que se enmarcan dentro del ámbito de discrecionalidad de los poderes legislativo o ejecutivo.

Como se podrá advertir no existe un stare decisis por parte de nuestro Máximo Tribunal, a diferencia de lo que ocurre con la Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁸¹ Voto en disidencia del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, caso Rizzo, Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción amparo c. P.E.N. ley 26.855 —medida cautelar—.

En el caso “Estévez” el Dr. Zaffaroni afirmó que es necesario cumplir con el mandato de certeza constitucional tanto para el juez como para el legislador, a punto tal de configurar la situación ventilada como un acto de gravedad institucional.

Silva Sánchez (1992) sostiene que el principio de legalidad tiene una dimensión técnica y una dimensión política; la segunda tiene por finalidad el problema de la legitimación democrática de las disposiciones definitivas de los delitos y de las penas y de las decisiones que aplican tales normas. (Silva Sanchez, 1992)

Roxin (1997) apunta a que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho Penal, ello como límite a la intromisión estatal y por la falta de previsibilidad del legislador.

Las cuatro consecuencias derivadas de dicho principio son:

a) La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), es decir, trasladar una regla jurídica a otro caso no previsto en la ley por vía de la semejanza, ya sea que se trate de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). El mandato de determinación, se dirige al legislador al exigirle una «lex certa» y a su vez le prohíbe al juez la aplicación analógica debiendo a ceñirse a la «lex stricta». Esta circunstancia deriva del principio de legitimación democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de libertad de los ciudadanos⁸².

b) La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), puesto que la punibilidad sólo se puede determinar legalmente.

c) El principio de irretroactividad de la ley penal: se encuentra previsto en el art. 2 del C.P. argentino y reza: *si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna*⁸³. A nivel internacional, se plasma en los arts. 9 de la CADH, 15.1 del PIDCyP y 11, segundo párrafo, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

⁸² Op. cit. 2, pág. 257

⁸³ Código Penal Argentino, Artículo 2º: Aplicación de la ley penal. 2011.

d) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) que exige que la clase de pena y su *quantum punitivo* deben encontrarse fijadas con anterioridad al hecho.

Resulta evidente que la actual formulación del art. 55 del C.P., las modificaciones introducidas por las leyes N.º23077, 23597 y 23737 violan el principio *nulla poena sine proevia lege penale*, al alterarse la escala de valores que adopta la ley penal e incurrir en contradicciones completamente inexplicables.

Además entran en juego el bloque de constitucionalidad federal, ya que nuestro país otorgó jerarquía constitucional a Tratados de derechos humanos que son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, aunado a que se comprometió a aplicar las interpretaciones que se realizan de ellos (art. 62 CADH). Es así, por cuanto la Convención Americana de Derechos Humanos introdujo el principio de abolición progresiva de la pena de muerte, por lo que una condena a 50 años de prisión importaría agotar la expectativa de vida de una persona, sumado a que atenta contra el principio de resocialización de los condenados (art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), los fines de la pena y la dignidad humana.

En el presente análisis el Estatuto de Roma cobra singular importancia por estar dotado de jerarquía superior a las leyes, por ende, constituye un instrumento de promoción y defensa de la vigencia de los derechos humanos.

En este sentido, el art. 31 de la Ley Fundamental refiere que los tratados celebrados con los Estados extranjeros y conforme a lo normado en el art. 75 inc. 22 tienen jerarquía superior a las leyes.

El Estatuto de Roma es un tratado concluido y firmado por el Poder Ejecutivo y aprobado por una ley del Congreso, aunado a que conforme al principio de *pacta sunt servanda* (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) al entrar en vigor obliga a las partes, por lo que debe ser cumplido por ellas de buena fe. Como corolario, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento.

A su vez, este tratado se encuentra en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución y cuya finalidad es la protección de intereses fundamentales para la comunidad internacional.

Justamente la CPI entenderá en las violaciones a los derechos humanos de mayor gravedad y trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, más concretamente conocidos como core crime (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión).

La cuestión sustantiva es que el Estatuto de Roma tipifica delitos más graves para la humanidad e incluso los delitos subyacentes, cuyo máximo –según art. 77- es la prisión por un número determinado de años que no exceda de 30 años y con la posibilidad de reducción de pena, cuando el reo haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua (art. 110 inc. 3º del Estatuto).

Repárese que es jurisprudencia señera de la CSJN, que por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, corresponde asignar primacía a los tratados internacionales ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, siempre que aparezcan asegurados los principios del derecho público constitucional (caso “Ekmekdjian c. Sofovich” y “Fibraca”).

II. Estructura argumentativa

Interpretar es asignar un significado a un enunciado normativo, o sea, es la expresión lingüística de una norma, para posteriormente ser aplicada en el caso concreto.

Es así que el razonamiento jurídico justifica la decisión adoptada por el juez que debe contener no sólo una justificación interna, sino también externa. Al respecto no se debe perder de vista que la sentencia es una unidad lógico jurídica en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas efectuadas en sus fundamentos (Fallos: 321:1642; 320:985).

La exigencia de justificación, según Atienza (2004), es una garantía contra la corrupción y la ignorancia. Define al contexto de la justificación como aquel en el cual se pasa a dar razones que fundamentan una decisión judicial tomada, inculcando a una cuestión de aceptarla o rechazarla. Aquí la diferencia sustancial con el contexto de descubrimiento reside en que en el contexto de justificación, el juez va a necesitar fundamentar su decisión, explicando cuál es la justificación para expresar el fallo en el sentido que él mismo ha adoptado.

Según García Amado (2016 a), la justificación de primer nivel (interna) se refiere a la validez de la inferencia a partir de premisas preestablecidas, mientras que la de segundo nivel (externa) alude a la fundamentación de las premisas.

En la argumentación (como actividad) y en un argumento (como resultado) se pueden distinguir los siguientes elementos: 1) un lenguaje que se materializa en un conjunto de enunciados; 2) una conclusión con un enunciado donde se cierra el argumento; 3) una o varias premisas, que consisten en los enunciados que dan apertura al argumento; 4) una relación entre las premisas y la conclusión.

Estas distinciones dieron lugar al desarrollo de tres concepciones de la argumentación (formal, material y dialéctica o pragmática).

La concepción formal define a un argumento como un encadenamiento de proposiciones, si una premisa es verdadera también lo será su conclusión. Se trata de una relación formal, donde la relación de inferencia puede interpretarse en sentido sintáctico y semántico. No se centra en el proceso de argumentación, sino en su resultado.

La concepción material es la referida al razonamiento jurídico, donde los argumentos eran vistos como relaciones entre proposiciones, donde lo que interesa es el proceso de la argumentación. Un razonamiento es un procedimiento para resolver un conflicto de razones.

La concepción pragmática o dialéctica, considera la argumentación como un tipo de acción lingüística en el contexto de un diálogo. La argumentación tiene lugar entre dos o más sujetos, tratándose de un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento, donde los participantes hacen concesiones. Los enunciados funcionan como premisas y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro.

Según Eemeren, el acto de argumentar es un acto de habla complejo compuesto de una o varias proposiciones, que son los argumentos o las premisas, para apoyar otra u otras proposiciones, que son las conclusiones⁸⁴.

A) PLANTEOS DE LAS PARTES Y ARGUMENTOS CENTRALES

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso de casación deducido por la defensa contra la decisión del Tribunal Oral en lo

⁸⁴ Grajales, Amós. Clase I de la Diplomatura en ARGUMENTACIÓN JURÍDICA y LITIGIO JUDICIAL.

Criminal n° 14 que -por mayoría- condenó a Cristian Daniel Estévez a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión.

Sostuvo que el art. 55 del Código Penal era una norma de carácter general que no establecía expresamente cuál era el máximo legal previsto para las penas privativas de libertad y, para su determinación, remitió a las escalas penales correspondientes a los delitos de la parte especial.

Estimó que la pena única impuesta se encontraba dentro de los límites establecidos por la ley (art. 227 ter del Código Penal) y desestimó las alegaciones de la defensa relativas a las inconsecuencias a que conduciría dicha interpretación respecto de su ahijado procesal en comparación con la situación de los condenados a prisión perpetua respecto de las atenuaciones de la ejecución penitenciaria (cf. ley 24.660), la libertad condicional, la prescripción y las escalas previstas para la tentativa y la participación.

I) PLANTEO DEFENSIVO Alegó la arbitraria interpretación de la ley sustantiva; asimismo cuestionó la imposición de una pena inhumana, cruel y degradante que conculca el principio de legalidad por haber sido fijado su monto en violación a la prohibición de analogía.

II) PLANTEO DEL SEÑOR PROCURADOR FISCAL Sostuvo que no se encuentra controvertida la interpretación de la Ley 23077 sino cómo debe entenderse la remisión a la parte especial del art. 55 del Código Penal -previo a la reforma de la Ley 25928-.

Concluyó que el tema a resolver constituye una cuestión de derecho común ajena a la jurisdicción del Tribunal (Fallos: 164:110; 188:205; 241:40; 276:332; 296:53; 300:711; 312:195, entre otros).

III) POSICIÓN DE LA MAYORÍA De manera concordante al dictamen emanado del Sr. Procurador Fiscal, por mayoría, se desestimó el Recurso de Queja interpuesto por el defensor técnico del condenado Estévez. En consecuencia, se resolvió que debe estarse a la voluntad del legislador y que la introducción de un aumento tan considerable de la pena significó quebrar definitivamente la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión.

IV) POSICIÓN DE LA MINORÍA - DR. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI Corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Los autos deberán volver al Tribunal de origen a fin de

que se dicte un nuevo pronunciamiento que no podrá exceder del máximo de veinticinco años repuesto por la Ley 26200.

B) PREMISAS NORMATIVAS

La argumentación jurídica se lleva a cabo tanto en el ámbito normativo como en el fáctico. Respecto del segundo, se utilizan argumentos empíricos y se produce una apertura hacia diversos campos (lingüística, psicología, etc.), mientras que el primero corresponde al juez argumentar sobre las diversas premisas normativas para “mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico”⁸⁵.

I) PREMISA NORMATIVA DEL VOTO MAYORITARIO

1. No se conculcó el mandato de certeza constitucional previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional.
 - 1.1.- No se introdujo una extensión analógica de la pena prevista para el art. 227 ter del Código Penal.
 - 1.2.- El art. 55 del C.P. exige indagar en la parte especial a fin de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate.
 - 1.3.- Se establecieron los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto lo que constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho.
2. No existen inconsistencias sistemáticas entre los condenados a pena perpetua y los condenados a pena temporal.
 - 2.1. No se advierte en el caso ninguna situación desventajosa para el Sr. Estévez.
 - 2.2. Para el eventual supuesto de plantearse, son susceptibles de ser corregidas vía hermenéutica.
3. La pena aplicada al condenado Estévez no reviste el carácter de cruel, inhumana y degradante.
 - 3.1. El recurrente no tachó de inconstitucional el quantum punitivo previsto en el art. 227 ter del Código Penal.
 - 3.2. El Sr. Estévez fue condenado por diversos hechos de extrema gravedad.
- 4.- Se trata de una cuestión de derecho común adoptada suficientemente por el Tribunal de Casación.

⁸⁵ Alexy, R. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

4.1. El principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cf. fs. 81, con cita de Fallos: 234:82, 310; 241:121).

4.2. La Constitución Nacional le vedó a la CSJN el análisis de las cuestiones de derecho común.

II) PREMISA NORMATIVA DE LA DISIDENCIA

1. Las reformas introducidas por las Leyes n.º23077 (introdujo disposiciones que posibilitaron la aplicación de penas superiores a los 25 años de prisión), n.º25892 (estableció que en caso de prisión perpetua la libertad condicional se otorgará a los 35 años de prisión) y n.º25928 (elevó a cincuenta años el máximo de la pena del concurso real del art. 55 del Código Penal) habilitan la competencia de la CSJN.

1.1.- No se trata de una cuestión de derecho común, puesto que se quebró el mandato de certeza del derecho como base de seguridad jurídica.

1.2.- No todo planteo en la interpretación de un tipo penal compromete la vigencia de la cláusula constitucional, sino sólo cuando la lesión alcanza el límite de la gravedad institucional.

1.3.- Alteración del sistema de escalas para la libertad condicional, la tentativa, la participación y la prescripción.

1.3.1. La reforma introducida por la Ley N.º23.077 convierte a la pena temporal en varios aspectos en una pena más grave que la perpetua.

2. Se conculcó el mandato de certeza jurídica positivizado.

2.1.- Rige tanto en el momento legislativo como en el judicial de concreción del derecho.

2.2.- La estricta legalidad debe observarse también respecto de las penas, siendo indispensable su previsión precisa antes del hecho de la causa (nulla poena sine proevia lege penale).

2.2.1. Deber de la jurisdicción de reducir los efectos de la descodificación legal violatorios del mandato de certeza, cuando éstos alcancen límites extremos de lesión a la seguridad jurídica en el campo penal.

*La codificación, como técnica legislativa, realiza el mandato de certeza constitucional respecto de una materia jurídica (art. 75 inc. 12 del C.P.I).

*Las normas contenidas en leyes penales especiales vigentes superan a las codificadas (corriente técnico-legislativa llamada, por Bunge, de la incorporación).

*Las reformas parciales que ha sufrido el Código Penal le hicieron perder su carácter de cuerpo y su fisonomía de sistema (proceso de descodificación).

*Afectación del lego en la esfera de su conocimiento de la criminalidad como condición previa a la posibilidad reprochable de su comprensión.

2.2.2. La actual legislación penal no permite establecer unívocamente el máximo de la pena más grave.

2.2.3. Inviabilidad de declaración de inconstitucionalidad frente a la lesión legislativa del mandato de certeza por medio de la descodificación.

2.3.- Existe riesgo de sanción del Estado Nacional frente al sistema universal de Derechos Humanos como en el ámbito regional interamericano.

3. Se alteró el orden de valores en correspondencia con la Constitución Nacional.

3.1.- Los delitos contra los poderes públicos no pueden ser más graves que los delitos de máxima gravedad contra las personas

3.2.- Desconocimiento del carácter personalista o intrascendente de nuestro orden jurídico.

4. Se resquebrajó el principio de racionalidad inherente al principio republicano de gobierno (art. 1° de la Constitución Nacional).

4.1.- La soberanía del legislador para imponer y establecer escalas de penas pero debe encontrarse debidamente justificada.

5. Una pena privativa de la libertad de cincuenta años importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona.

5.1.- Equivale a la pena de muerte, derogada por la Ley 26394.

5.2.- Aplicación de la prevención especial negativa por inocuización, contrario a los fines de la pena establecidos en la CADH y en el PIDCP.

5.3.- Genera graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos: 329:2440).

6. Reconstrucción técnica o dogmática de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con la jerarquía de valores que impone la Constitución.

6.1.- La legislación debe ser armonizada con la sanción de la Ley 26200 de implementación del Estatuto de Roma, por tratarse esta de una ley ordenadora de base.

6.1.1. Tipifica los delitos de mayor contenido injusto llamados core crime (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión).

6.1.2. Sanciona los delitos con penas de prisión (art. 7 de la Ley 26200), que no podrá ser inferior a las previstas en las normas del C.P.(art. 12 de la citada Ley).

6.1.3 Las penas aplicables en su máximo es de 25 años de prisión (arts. 8, 9 y 10) y prisión perpetua en caso de muerte, con arreglo a las disposiciones del art 110 del Estatuto de Roma.

*De esta manera, desaparecen las contradicciones con las escalas reducidas de la tentativa y la complicidad secundaria.

6.1.4. Expresa con entera certeza la consecuencia penal que corresponde al máximo desvalor jurídico.

6.1.5. Responde a la exigencia de un compromiso internacional asumido por la Nación.

6.1.6. No es admisible ninguna contradicción que subestime la magnitud del reproche correspondiente al enorme desvalor jurídico que expresa.

6.1.7. La ley 26.200 es derogatoria de las penas introducidas por las Leyes n.º23077, n.º25892 y n.º25928, por aplicación del principio de retroactividad de la ley más benigna y dado el carácter estructural de la reforma introducida.

En ambas posiciones no se incorporó la premisa fáctica puesto que no fue objeto de embate, ni consideración alguna, únicamente se hizo alusión a la extrema gravedad de los hechos por los que Estévez fuera condenado.

III. Estructura lógica

“Cada argumento supone la afirmación [...] de que sus premisas proporcionan razones o fundamentos para establecer la verdad de su conclusión; pero solamente un argumento deductivo tiene la pretensión de que sus premisas proporcionan fundamentos concluyentes para su conclusión” (Copi Irving, 1995, pp 70-71)

A) ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EMPLEADO EN EL FALLO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Del análisis del voto de la mayoría se desprende que su decisión se encuentra vinculada a un paradigma dogmático o racionalista con sujeción a las leyes, respetando -de esta manera- la separación de poderes. A los fines ilustrativos, véase el considerando 10º que reza: *el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso,*

so color de su posible injusticia o desacierto (cf. fs. 81, con cita de Fallos: 234:82, 310; 241:121)⁸⁶.

Respecto de la lógica del razonamiento jurídico de la sentencia, efectúa una derivación deductiva de las normas, al sostener que la incorporación de la Ley N.º23077 significó trasponer el máximo de veinticinco años para las penas temporales de prisión.

A su criterio, en modo alguno existió una extensión analógica de la pena, puesto que el art. 55 en su anterior redacción exigía al intérprete indagar en la parte especial con el objeto de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate.

La disidencia, en cambio, se enroló en el paradigma hermenéutico, donde la temática interpretativa se constituye en eje central y se critica la ideología de la subsunción.

Según Hassemer no existe una norma abstraída de cualquier ser, por ende, no existe el caso abstraído de cualquier norma, en consecuencia, norma y caso real se producen mutuamente en el proceso de aplicación de la norma o de decisión del caso real. El juez cumple un papel activo constituyendo el caso mediante la selección y estructuración de un acontecimiento del mundo exterior con el auxilio de la norma y así llega a contar con un caso real jurídico.

Otro exponente de este paradigma, es Kauffman para quien existen tres etapas en el proceso de realización del derecho, que son los principios jurídicos abstraídos- supra históricos, la ley general concretizada y el derecho concreto, material, positivo e histórico.

Desde el punto de vista argumentativo, el voto mayoritario se estructuró bajo un argumento teleológico, es decir, se justificó la interpretación de la norma buscando la mejor manera de darle cumplimiento entre varias opciones posibles; mientras que el Dr. Zaffaroni utilizó el argumento sistemático para excluir una interpretación de las posibles porque su aplicación conduciría a una antinomia con otra norma del sistema.

El primer argumento exige que se tomen en consideración tanto la asignación de finalidad a la norma, que se basa en lo querido por el autor (subjetivo-teleológica

⁸⁶Fallo "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Cristian Andrés Estévez o Cristian Daniel Estévez en la causa Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas -causa n° 1669/1687C-" considerando 10º -mayoría-.

y la objetivo-teleológica), como el establecimiento de preferencias entre distintas interpretaciones posibles de la misma.

La interpretación subjetiva-teleológica debe ser concebida desde la necesidad de la sociedad actual y teniendo en cuenta la voluntad del legislador, resultando la única discrepancia la de recurrir a subargumentos de carácter histórico cuando la norma interpretada posea alguna antigüedad.

En cambio, para la interpretación objetiva-teleológica la judicatura deberá justificar de manera razonada y convincente cuando el fin no resulte evidente o no haya acuerdo general sobre el mismo.

Asimismo el tribunal empleó un razonamiento de tipo consecuencialista y prospectivo para justificar la elección escogida.

Es así que entre dos alternativas posibles; una de ellas era que las figuras agravadas de los delitos de atentados contra el orden constitucional no podían influir sobre la construcción de la escala penal del concurso real dada su especificidad, mientras que para la segunda, de acuerdo a una interpretación histórica el art. 55 del C.P. preveía una escala de 25 años de prisión, sin embargo de producirse alguna modificación en esa pena se permitía variar el quantum punitivo puesto que justamente dicha normativa -de carácter general- no establecía expresamente cuál era el máximo legal previsto para las penas privativas de libertad.

Es así, que la mayoría se plegó a la postura sustentada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal; negó posibles inconsecuencias sistemáticas y que cualquier discordancia que se planteara en un futuro se podría corregir por vía de la hermenéutica.

Más allá, que se sostuvo que el fallo es un acto jurisdiccional válido porque fue adoptado con fundamentos de derecho común suficientes, lo cierto es que tanto la semántica como la pragmática resultan farragosas, a punto tal que existe un párrafo donde la sintáctica es ininteligible (considerando 8°).

El Dr. Zaffaroni, por su parte, apeló a la coherencia que debe tener el sistema jurídico. Así lo sostuvo al marcar que el aumento temporal de la pena a 50 años, conforme a las disposiciones de la Ley N.º 23077, “destroza la coherencia del código en diversas materias tales como prescripción, tentativa, participación y libertad

condicional”⁸⁷ y la exigencia de interpretación racional de la legislación para “no caer en la incoherencia y el desprestigio del derecho y de la misma República”⁸⁸.

El argumento escogido por el Dr. Zaffaroni presenta cuatro variantes principales, a saber: el argumento lógico-sistemático, el topográfico, el sistemático-lingüístico y el sistemático-material.

Aquí nos encontramos en presencia de un argumento sistemático-material como sustrato de un argumento interpretativo y que presupone un principio de coherencia material del ordenamiento. Éste método pretende superar las contradicciones normativas mediante la función de armonización o concordancia de las diferentes disposiciones jurídicas. Para lograr este cometido dicho argumento se vale de tres principios: a) las normas de jerarquía superior prevalecen sobre las de inferior jerarquía (art. 31 CN), b) norma posterior deroga a norma anterior, c) norma especial deroga a general.

En virtud de ello, el Dr. Zaffaroni en los considerandos 12°, 13°, 14°, 15° y 16° trata a la codificación como exigencia del mandato de certeza y de soberanía política.

En su opinión, la cuestión planteada resiente el principio de legalidad penal puesto que puede exigirse que el “código penal, como cuerpo sistemático de normas legales, [...] señale con certeza las penas y, en especial por su incidencia en los bienes jurídicos, el alcance máximo de la pena temporal más grave”⁸⁹.

Dentro de este método de interpretación se encuentra abarcado el principio de interpretación conforme, que parte de una consideración de la jerarquía normativa.

De conformidad a las previsiones del art. 28 de la Ley Fundamental, cuando se interpreta una norma de inferior jerarquía se tiene que considerar si su aplicación tiene consistencia, congruencia y conformidad con las disposiciones de otro cuerpo de superior jerarquía.

Tal es así, que ante la existencia de diversas posibilidades interpretativas, siempre deberá estarse a aquélla que mejor resulte compatible con el texto de superior jerarquía.

⁸⁷ Fallo “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Cristian Andrés Estévez o Cristian Daniel Estévez en la causa Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas -causa n° 1669/1687C-” considerando 27° -disidencia Dr. Zaffaroni-.

⁸⁸Id Ibid 6, considerando 39° -disidencia Dr. Zaffaroni-.

⁸⁹ Id Ibid 6, considerando 22° -disidencia Dr. Zaffaroni-.

A su vez, este principio posee una dos vertientes: a) extensiva (favorece la protección más amplia conforme al principio pro homine, art. 1 del CCC); y b) restrictiva (donde los jueces deben proferir aquélla norma acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales en lo que el Estado Nacional es parte, a fin de evitar vulnerar el contenido de estos derechos).

Así las cosas, el Dr. Zaffaroni opinó que dado el carácter estructural de la reforma introducida en la ley 26200, el mandato constitucional de certeza jurídica general, el derecho internacional incorporado y no incorporado a la Constitución Nacional, se impone considerar que la ley 26200 opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella.

Como se advierte del voto en disidencia, el Dr. Zaffaroni no propugna la inconstitucionalidad de las disposiciones de las leyes n.º23077, 25892 y 25928 porque acarrearía en un absurdo al posibilitar la sumatoria de todas las penas. Por ello, se debe recurrir a una interpretación histórica de la norma por medio de la cual la suma de los máximos en juego no podrá superar un tercio del máximo mayor.

Las consideraciones del magistrado, no afectan el principio de división de poderes, ya que el rol de los jueces es justamente asegurar la primacía de los derechos humanos y los estándares mínimos que ha desarrollado la Corte IDH a través de sus opiniones consultivas y casos contenciosos, los cuales los Estados Partes del sistema interamericano de derechos humanos deben asumir (artículos 62.1 y 62.3 de la CADH).

Sabido es que por el principio de pacta sunt servanda, las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe, sumado a que no es posible alegar el derecho interno para justificar su incumplimiento (art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados).

Con la reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22º CN), la Ley Fundamental dejó de ser un enunciado semántico para ser una norma auto-operativa donde sus contenidos se aplican de forma directa, más allá de toda norma infraconstitucional.

B) ANÁLISIS DEL CASO CONFORME A LA CLASIFICACIÓN DE FÁCIL (O CLARO), DIFÍCIL, O TRÁGICO

En segundo lugar, corresponde analizar el tipo de actividad judicial que se desarrolla en un caso concreto, lo que dependerá de la claridad del enunciado. Por tal motivo, los casos se clasifican en fáciles o claros, difíciles o trágicos.

Para Gustavo Zagrebelsky al momento de resolverse un caso existe una tensión entre la ley y la realidad; por lo que, el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es en referencia a la norma y viceversa. Prosigue que desconocer lo primero daría lugar a la casuística, mientras que lo segundo, a una ciencia teórica inútil.

Un caso será fácil cuando exista un acuerdo general sobre el significado de los términos contenidos en el enunciado, disminuyendo la participación del intérprete en su configuración; por el contrario, será difícil ante la existencia de problemas normativos -también llamados de interpretación- o bien fácticos.

Pero a este binomio, Manuel Atienza le añade una tercera categoría al incorporar la tragedia jurídica, es decir, cuando no existe una solución correcta dado que el propio ordenamiento reviste incoherencias y contradicciones y es por ello que no existirá ninguna decisión correcta.

Surge palmariamente que el Tribunal se encontró ante un caso difícil, puesto que si bien siempre existe una interpretación necesaria, común con los casos fáciles, se le añade el condimento de una interpretación en sentido estricto.

Aquí la tarea del intérprete no sólo es la de descubrimiento, sino además de adjudicación de significado, por ende, se aplican las consideraciones de casos difíciles de Neil MacCormick, dadas las justificaciones deductivas y de implicaciones inductivas al elegir las premisas normativas y fácticas para decidir.

Para el citado autor, nos encontraremos ante un caso difícil cuando aparezcan los siguientes problemas: a) de interpretación y de relevancia en la premisa mayor (normativa); b) de prueba y de calificación en la premisa menor (fáctica).

Entiende que una decisión es justificada si: a) reviste universalidad; b) guarda los requisitos de coherencia y consistencia con el sistema jurídico; c) tiene en cuenta las posibles consecuencias de la decisión.

El principio de universalidad se encuentra implícito en la justificación deductiva, pero no se agota en esa idea, sino que predica -además- la relación que vincula una conclusión a la premisa menor.

Este principio es un medio para evitar la arbitrariedad en la aplicación de la ley como manifestación de la justicia formal; y conforme lo sostiene Aarnio, esta certeza jurídica acarrea: a) que no se produzca arbitrariedad y b) que el resultado sea apropiado. En consecuencia, desarrolló una descripción conceptual a partir de la distinción entre casos rutinarios y difíciles y apelando a la metodología de la interpretación en la dogmática jurídica, para concluir con la aceptabilidad del enunciado interpretativo obtenido de lo racional como razonable.

Ahora bien este principio no es inmutable sino que subsiste mientras se mantenga vigente el precedente (principio de inercia perelmaniano), ya que un fallo posterior que presente nuevos argumentos razonados puede justificar su apartamiento.

Prosiguiendo con MacCormick divide a la coherencia en normativa -se refiere al derecho- y narrativa -conforme a los hechos-, por lo que la solución se debe adecuar a los principios y valores del sistema.

En cuanto a las posibles consecuencias de la decisión, dicho argumento será coherente cuando incorpore factores de diálogos sociales.

Para Aarnio *las consecuencias de una decisión jurídica pueden ser de naturaleza causal (por lo que respecta a los efectos de la declaración en el mundo real) o sistemática (por lo que respecta a los efectos de la decisión en el sistema jurídico)*⁹⁰.

Por ello, los argumentos consecuencialistas implican las lógicas del juicio con relación a la gama de casos a ser aplicables dicha solución a futuro y los resultados de la aplicación de dicha interpretación.

Se observa, en la sentencia, que tanto la mayoría como la disidencia adoptaron un argumento consecuencialista pero enfocado desde ópticas distintas.

Los primeros sostuvieron que debía existir una deferencia hacia el legislador en virtud de la legitimación directa y negar inconsecuencias sistemáticas en la aplicación de la norma. Esta interpretación guarda relación con el principio de

⁹⁰ Sastre Ariza, Santiago. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. <https://core.ac.uk/download/pdf/60878116.pdf>

conservación de la ley y de declaración de inconstitucionalidad como última ratio e in dubio pro legislatore.

Es así que resulta posible hablar de normas constitucionales inconstitucionales, o como decía Nino, las leyes inconstitucionales también derivan de la Constitución.

En el voto, se asocia la dialéctica y la retórica, la primera como marco metódico, y la segunda como dinámica de los razonamientos.

Se utilizaron técnicas discursivas para lograr adhesión a su tesis implicando el acuerdo sobre ciertos valores, por medio de justificaciones de orden social (extrema gravedad de los hechos), político (principio de la división de poderes) y jurídico (cuestión de derecho común y falta de conculcación al mandato de certeza constitucional); y también del modelo de consenso orientado a considerar el razonamiento en su resultado, proponiendo su aceptabilidad racional (los jueces tienen competencia para resolver sobre una cuestión de derecho común y la decisión fue adoptada con fundamentos suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido).

No obstante, tal lo sostenido por Atienza, la interpretación jurídica no puede verse como la identificación y seguimiento de pautas que rigen una práctica; al igual que la deferencia al legislador puede ser un límite –de la interpretación-, pero no su objetivo.

Por su parte, el Dr. Zaffaroni sostuvo que el principio de coherencia desapareció ante las contradicciones del propio sistema jurídico. Más aún, hizo hincapié en los contrastes que ocasiona en la aplicación de los diferentes institutos ya sea en penas de ejecución temporal y penas perpetuas, donde los segundos se verían beneficiados respecto de los primeros (considerandos 30° y 31°).

C) ELEMENTOS DE LA LÓGICA FORMAL O DIALÉCTICA

Desde el punto de vista lógico existen tres tipos de causales que hacen vulnerable la decisión, a saber: a) falta absoluta de motivación de la decisión; b) motivación insuficiente, por lo que se viola el principio lógico de razón suficiente; c) motivación lógicamente defectuosa (se viola el principio de no contradicción).

Calamandrei decía que “aquí, dice el juez, se verifica en concreto un caso que tiene los caracteres del tipo a; por tanto, declaro que debe producir en concreto el efecto jurídico b. Por consecuencia, todo el trabajo del juez se aplica a encontrar la

coincidencia entre un caso concreto y la hipótesis establecida en forma abstracta por la norma, o sea, de acuerdo con la conocida terminología escolástica, la coincidencia entre la hipótesis real y la hipótesis legal”⁹¹.

La lógica formal se dedica a auscultar las inferencias realizadas mediante la construcción de lenguajes formales y con empleo del método deductivo y semánticas formales.

Se advierte que en el voto de la mayoría se violó el principio de no contradicción, el cual sostiene que dos proposiciones contradictorias no pueden ser verdaderas al mismo tiempo.

Si bien, este principio no se aplica estrictamente en derecho, puesto que en el caso de normas contradictorias, el propio derecho las corrige empleando modos lógicos para ello, lo cierto es que se aprecia que ello no aconteció en el sub examine. De manera tal que a la fecha convergen leyes supraconstitucionales (Ley N.º26200) e infraconstitucionales (n.º23077, n.º24192, n.º23597 y n.º23737), contando con preeminencia éstas últimas respecto de la primera, lo que desvirtúa el art. 31 de la Constitución Nacional.

Paradójicamente, la Corte Suprema sostiene inveteradamente que un fallo debe estar suficientemente motivado (expresa, clara, completa, legítima, lógica) para no ser tachado de arbitrario; por ende, se deben observar las reglas del recto entendimiento humano que debe reunir los caracteres de coherente, a fin de no violar los principios de identidad, contradicción y tercero excluido, derivada, respetando el principio de razón suficiente, y adecuada a las normas de la psicología y de la experiencia común.

A ello se debe sumar, que la propia CorteIDH en el caso “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela” señaló que: “para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior”⁹², por ende, la CSJN no puede sostener que se trata de una cuestión de derecho común ajena a su intervención por

⁹¹Ghirardi, Olsen. La estructura lógica del razonamiento judicial. Dialnet-LaEstructuraLogicaDelRazonamientoJudicial-7792403.pdf

⁹²CorteIDH, caso “Apitz Barbera y otros” (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela”, párrafo 86.

mandato Constitucional, cuando se encuentra en crisis un pilar del sistema jurídico, cual es el principio de legalidad.

No se encontraron silogismos categóricos de forma estándar, pero se identificaron argumentos silogísticos, que no permite cumplir la regla de los cuatro términos.

Por ejemplo: por tratarse de una cuestión de derecho común, la Corte no puede intervenir porque le está vedado por la Constitución Nacional, por lo tanto, en el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de la Corte.

Con relación a la lógica dialéctica, a diferencia de la lógica formal, es activa al obtener principios racionales a través de la interpretación empleando en su estructura, la tesis, seguida de la antítesis y su respectiva conclusión.

Esta lógica fue empleada por el Dr. Zaffaroni en su voto al ir desgranando paso a paso las inconsecuencias sistemáticas a partir de la falta de codificación y la conculcación al mandato de certeza constitucional.

Como se advierte, el magistrado empleó el método de ascenso de lo abstracto a lo concreto y la unidad de lo histórico y lo lógico.

Respecto de la lógica borrosa, el razonamiento propuesto se aleja de la bivalencia, admitiendo como posibles distintos grados de verdad o falsedad.

Por ejemplo: “carece de fundamento el agravio relativo al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena impuesta al recurrente. Aun cuando se entienda -como lo hace la defensa- que la pena agravada prevista por el art. 227 ter del Código Penal no puede ser extendida al art. 55, Código Penal, no se encuentra controvertido en estos actuados que una pena como la impuesta al condenado -al menos respecto de la comisión de ciertos atentados contra el orden constitucional- resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente per se”⁹³.

D) EXISTENCIA DE FALACIAS O VICIOS DE RAZONAMIENTO

Las falacias son argumentos defectuosos pero que poseen poder persuasivo de manera psicológica. Se pueden clasificar en formales e informales.

⁹³ Id Ibid 5, considerando 8°.

Las formales son aquellas que ocurren cuando la conclusión no guarda relación alguna con la premisa o se arriba a conclusiones que nada tienen que ver con las afirmaciones iniciales. En cambio, las informales o inductivas se identifican a través de la evidencia de apoyo.

Falacia pragmática: es aquella mediante la cual se infringen las reglas de la retórica y el debate. En el caso de marras, se plasma en el considerando 8° del voto mayoritario, donde se evade tratar las inconsecuencias sistemáticas que conducirán a que los condenados a penas privativas de libertad perpetuas sufrieran un tratamiento menos gravoso que algunos condenados a penas temporales. Por otra parte, esta circunstancia se reitera en el considerando 9° al no justificar por qué motivo la pena impuesta no reviste el carácter de cruel, inhumana y degradante.

Falacia del argumento circular: que se produce cuando un argumento toma su prueba dentro del argumento mismo y no en uno externo. Esta falacia se exteriorizó en el considerando 5° al hacer propio el dictamen fiscal y señalar que se trata de una cuestión de derecho común ajena a la competencia de la Corte, para posteriormente señalar que no se quebró el mandato de certeza (considerando 7°), toda vez que el establecer los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho.

En este sentido, el Tribunal no trajo un argumento externo en el cual se permita sustentar su argumento, además de remitir a la interpretación que realizó la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Falacia de argumento tautológico (petitio principii): ocurre cuando una conclusión se incluye en las premisas de un razonamiento. Aristóteles decía: *petere id quod demonstrandum in principio propositum est*, (afirmar aquello que se debe demostrar). La idea es que una cosa no puede ser probada por sí misma. En el considerando 8° se sostuvo que no se trata de la concreta situación planteada en el sub lite que los condenados a penas privativas de libertad perpetua sufrieran un tratamiento menos gravoso que algunos condenados a penas temporales.

Falacia de generalización apresurada: considera como verdadera en general una circunstancia que sólo es verdadera en ciertos casos particulares. El considerando 8° reseña que no basta para descalificar la inteligencia del art. 55 propugnada por el a quo la sola invocación de posibles inconsecuencias sistemáticas, que conducirán a que los condenados a penas privativas de libertad

perpetuas sufrieran un tratamiento menos gravoso que algunos condenados a penas temporales.

Falacia formal de afirmación del consecuente (modus ponens): Tomando como ejemplo el considerando 6° al sostener que la introducción misma de un aumento tan considerable de la pena significó quebrar definitivamente la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión. En el proceso particular los principios de interpretación y conservación de la ley fueron erróneamente razonados y, por lo tanto, la primacía constitucional resultó lesionada.

Falacia Ad populum: es el razonamiento mediante el cual se omite brindar el argumento adecuado y se exponen razones no vinculadas con la conclusión, sin embargo, serán aceptadas por el auditorio. En este caso, el voto mayoritario enfatizó la gravedad de los hechos enrostrados a Estévez.

Falacia informal de atinencia: cuando un argumento descansa en premisas que no son pertinentes para su conclusión y no pueden establecer de manera apropiada su verdad.

El razonamiento parece verosímil, sin embargo resulta erróneo, ya que la decisoria desestima la inconstitucionalidad del planteo enarbolado por la defensa con recursos retóricos y tópicos jurídicos en lenguaje sin motivación suficiente para evitar afirmaciones o soluciones absurdas.

Además, se advierte la analogía como integración normativa, puesto que la interpretación histórica del art. 55 del Código Penal se remonta al art. 57 del Código Penal holandés que sistematiza los límites máximos: “1) sumar todos los máximos de las escalas de los respectivos delitos, que critican como único método, pues implicaría convertir la aspersion en suma; 2) para evitar el sistema de la suma, señalan que este máximo que surge del anterior procedimiento no puede exceder del máximo mayor más un tercio; y 3) como límite al máximo mayor, no podrá exceder del máximo legal de la pena de que se trate”. (Erbetta, 2004, pp. 121-122)

Ciertamente, nuestra Ley no adopta un solo sistema para la aplicación de sanciones, puesto que convergen el de la acumulación material o aritmética (deben ser aplicadas las sanciones que corresponden a cada uno de los delitos), de absorción (se aplica la escala correspondiente al delito de mayor gravedad, mientras que los demás eran considerados como agravantes), de acumulación jurídica (se

procede sumando las penas, pero consintiendo una reducción proporcional de ellas y fijando límites máximos) y del principio de combinación o aspersion (la pena se forma mediante la acumulación de todas).

Oportunamente, Soler citando a Mittermaier con relación al sistema de acumulación material decía:

la acumulación de todas las penas privativas de la libertad merecidas se tornaría injusta, porque, sumando las penas, su intensidad no aumenta en progresión aritmética, sino en progresión geométrica. Para posteriormente, citar a Jenull: si todos los males que no debe soportar en el curso de toda la vida le alcanzaran de un solo golpe, seguramente que a ellos sucumbiría; solo cuando le alcanzan sucesivamente, está en situación de soportarlos todos. Por eso la misma cantidad de mal debe considerarse mayor, cuando viene de un solo golpe que cuando se presenta ininterrumpidamente. (Soler, 1945, p 262)

E) HOLDING DEL FALLO

Para ello es necesario tener en cuenta cuáles son las pretensiones de los actores. Es así que el defensor técnico del encausado Estévez sostuvo la arbitraria interpretación de la ley sustantiva por la imposición de una pena inhumana, cruel y degradante. Señaló que se conculcó el principio de legalidad (art. 18 de la Constitucional Nacional), por haber sido fijado su monto en violación a la prohibición de analogía.

El voto mayoritario entendió que la cámara brindó razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa en la interpretación del art. 55 del C.P.I., descartó inconsecuencias sistemáticas y desechó el agravio al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena. A ello añadió que el principio constitucional de la división de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso.

La disidencia, en la antípoda, consideró que se conculcó el mandato de certeza jurídica y se alteró el sistema de escalas para la libertad condicional, la tentativa, la participación y la prescripción, como así también el orden de valores en correspondencia con la Constitución Nacional.

Lo reseñado exhibe la parte central del fallo, donde se establecen los criterios centrales que van a determinar la conclusión arribada.

F) METODOLOGÍA EMPLEADA

A) Referencia a hermenéuticas utilizadas basadas en métodos de Jerarquía; Balanceo o Ponderación y existencia y gestión de la Teoría del Núcleo Esencial ante derechos fundamentales y humanos restringidos

El voto en disidencia aplicó la ponderación, mediante la aplicación del test de proporcionalidad y aplicación del criterio jerárquico entre la Ley N.º26200 y las leyes n.º23077, n.º24192, n.º23597 y n.º23737.

Asimismo sostuvo que se mantener dicha postura se alteraría el orden de los valores democráticos, entendiéndose bienes jurídicos protegidos. Sobre el particular, el Dr. Zaffaroni señaló que la clasificación de los tipos de la parte especial responde a la idea filosófica del personalismo, donde la vida humana tiene mayor relevancia frente a cualquier ataque a otro bien jurídico.

B) Tipo de sentencia en análisis. Existen distintos tipos de sentencia, a saber:

- Interpretativas: las remarca la importancia de diferenciar entre el texto o enunciado y el contenido normativo. En ellas es necesario analizar el texto pero además el sentido de la norma en el marco de una realidad concreta. La legitimidad de las sentencias interpretativas radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución. El Dr. Zaffaroni, descartó la declaración de inconstitucionalidad de la norma por ser la menos prudente, dado que se viola el mandato de certeza por la decodificación. Un subtipo de estas sentencias son las aditivas, donde la declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa implica además la obligación de comprender dentro de la disposición aquello omitido.
- Exhortativas: son las que al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en una cierta norma, el Tribunal no solo procede a declararla, sino que además exhorta al legislador para que en un plazo razonable introduzca lo que fuera necesario para que desaparezca el vicio declarado. Por ello, a los fines de evitar la vulneración al principio de división de poderes, es que el Dr. Zaffaroni opinó que “sólo queda la reconstrucción técnica o dogmática de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con la jerarquía

de valores que impone la Constitución, a cuya cabeza se halla la integridad y dignidad de la persona, conforme a la decidida esencia personalista del orden jurídico argentino, señalada desde la Constitución de 1853 y aún desde todos sus antecedentes a partir de la emancipación nacional”⁹⁴.

G) TÉCNICAS DE VALORACIÓN DE LOS DISTINTOS COMPONENTES Y DIMENSIONES DE LA SENTENCIA ANALIZADA

Las justificaciones brindadas por la mayoría no responden a criterios de prudencia, sino que se trató de un acto imprudente por la precipitación, la inconsideración (no se tomó en cuenta el argumento de la defensa) y la inconsistencia (se argumentó de manera contraria a las reglas de la lógica).

Se trató de una aplicación deontológica de la ética, más precisamente deontológica prescriptiva, donde no se tuvo en cuenta que los derechos humanos desbordan las fuentes formales y tradicionales del derecho.

No se puede perder de vista que el Estatuto de Roma integra el Derecho Internacional Humanitario (DIH), cuyo objetivo principal es proteger a los civiles en tiempo de conflicto armado.

La postura sustentada es contraria al fallo “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar” (Fallos 316:479) donde la CSJN estableció: *el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen carácter instrumental*⁹⁵.

Tal como lo afirma el profesor Rodolfo Vigo, el derecho no sólo se encuentra en las normas, sino además en los principios y en los valores.

Sin embargo, diametralmente opuesto a esta concepción, el voto mayoritario aplicó la teoría del formalismo de Kant, es decir, sigue el esquema básico del siguiente argumento *“de entre las interpretaciones posibles de una norma, está justificado que prevalezca la que mejor se corresponde con la voluntad del autor de tal norma.*

Pero amén de lo sustentado por el catedrático García Amado (2016 b) en cuanto a que un legislador es autoridad por antonomasia y que las normas que se

⁹⁴ Id Ibid 6, considerando 25º.

⁹⁵ CSJN causa “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar” (Fallos 316:479).

dictan, en un Estado constitucional de derecho, valen como jurídicas y obligan porque el legislador es depositario de la competencia legislativa por elección directa, lo cierto es que se demostró que el razonamiento humano no es contrafáctico.

Sabido es que para el Dr. García Amado (2016 a) el objetivismo moral rompe la relación entre la ley y la filosofía política, a su entender no importa la moralidad o justicia sino la legitimidad.

En el caso de marras, existe legitimidad, dado que las leyes N° 23077, 24192, 23597 y 23737 fueron dictadas por el legislador (art. 75 inc. 12° CN), pero las mismas no revisten armonía con la ley supraconstitucional 26200, por ende, existe un conflicto de derecho.

Siguiendo a Recasens Siches, ninguna sentencia puede ser justa sino rinde homenaje al ser humano, por lo que el juez no se limita a aplicar simplemente normas jurídicas positivas, aunque está obligado a respetar el criterio valorativo de intereses establecidos en la legislación vigente.

Se advierte que la legislación es contradictoria, por ende, ante la violación al mandato de certeza constitucional es la propia CSJN como última intérprete velar por el respeto a la dignidad humana.

Entre las distintas interpretaciones asignadas al principio de legalidad se encuentra la de conciliar y conducir a una integral armonización de los preceptos.

Justamente en el Fallo 302:1284, la CSJN precisó el principio de capacidad progresiva: “no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del

caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia”⁹⁶

La disidencia, por su parte, basó su postura en la ética de las virtudes en contraposición con la deontología.

El voto se encuentra de conformidad al Código Modelo del Juez Iberoamericano que en su art. 18 habla de la prudencia en la elaboración de la decisión judicial, al motivar las decisiones (art. 19 del mismo Código) que supone expresar de manera clara, ordenada razones en que funda su decisión, como así también las alegaciones de las partes y atender a la previsión de las consecuencias de la decisión.

Si bien el Dr. Zaffaroni se enrola en la escuela del realismo jurídico crítico, considero que su voto está enrolado en la idea de justicia como corrección de Robert Alexy, esto es, lleva a la luz una relación entre el concepto de justicia y el de justificación.

A mayor abundamiento, los cultores del realismo jurídico sostienen que para el positivismo (formalismo) un juez es visto como el operador de una gigantesca máquina de silogismos, por ello a su criterio las normas jurídicas no determinan los resultados de los casos.

CONCLUSIONES

Como se advierte existe un desfase en el quantum punitivo del máximo de las escalas penales previstas en abstracto a partir de la sanción de las leyes n.º23077, n.º24192, n.º23597 y n.º23737, como así también de la reforma introducida en el art. 55 del C.P. por la Ley N.º25928 de fecha 18/08/2004 que vulneran el principio de legalidad.

A partir de la incorporación de la Ley N.º26200 a nuestra legislación, tácitamente debería derogarse el párrafo 2º del art. 55 del C.P.I, por consistir en un tratado celebrado por nuestro país en las condiciones previstas (arts. 27, 99 inc. 11 y 75 incs. 22 y 24), amén de las disposiciones de la Convención de Viena. Sin embargo, la CSJN -por mayoría- en el fallo “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel

⁹⁶ CSJN, Fallo 302:1284 caso “Saguir y Dib”.

s/ robo calificado por el uso de armas” sostuvo que no se violaba el mandato de certeza y la aplicación del art. 55 del C.P.no conducía a inconsecuencias sistemáticas.

Esta tesis es incoherente en función de que los delitos contemplados en el Estatuto de Roma, revisten injustos de contenido mayor que los previstos en la legislación doméstica, máxime que existe un contexto de violencia masiva o sistemática. Tal como dijo el Dr. Zaffaroni *no es posible superar lo insuperable*⁹⁷.

La aplicación de penas superiores a las previstas en el art. 77 del Estatuto de Roma, aparece reñida con los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad mínima de la pena, por ende, discrepo con la CSJN en cuanto a que se trata de una cuestión de derecho común que fue adoptada en el marco de la división de poderes.

Sobre el particular, Bidart Campos expresaba que cuanto la Constitución prevé que corresponde conocer a la CSJN sobre el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Ley Fundamental, ya estableció que cualquier ámbito del sistema jurídico puede ser sometido a control de constitucionalidad.

Amén de ello, tal como lo sostiene Badeni, el control que desempeñan los jueces no es acerca del contenido político de los actos emanados de los órganos Ejecutivo y Legislativo, sino si su forma y esencia se adecúa a la Ley Fundamental.

Al menos que el jurista sea al mismo tiempo un filósofo, en cualquier nivel de la cuestión moral, está bajo la más grande tentación, muy propia de su función, de meramente aplicar las leyes existentes, sin investigar si éstas necesitan alguna mejoría (Immanuel Kant. La paz perpetua. 1795).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABOSO, G. (2022). *Código Penal de la República Argentina*. 6ª edición. Editorial B de F.
- ATIENZA, M.(2004). *“Las Razones del Derecho”*. Palestra Ediciones
- BONORINO, P. (2003). *La justificación de las sentencias penales*. Editor San Salvador CNJ

⁹⁷Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”. La Ley 10/05/2010.

- COPI, I. (1995). *Introducción a la Lógica*. LIMUSA Noriega Editores.
- D'ALESSIO, A. (2011). *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. Buenos Aires: Editorial La Ley
- ERBETTA, D. (2004). *La reforma al sistema de punición del concurso material de delitos. Libro Reformas Penales*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- GRISSETTI, R; Romero Villanueva, H (2018). *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. Parte General. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.
- LANGEVIN, J. (1997). *¿Treinta años de prisión? Sobre la duración máxima de las penas temporales de reclusión y prisión en el concurso material de delitos*. Universidad Nacional de Rosario.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, parte general, Tomo I*. Thomson Reuters.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M. Bosch Editor S. A.
- SOLER, S. (1945). *Derecho penal Argentino, Tomo II*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- VELANDIA CANOSA, E. (2020). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- ZAFFARONI, E, Alagia, A, Slokar, A. (2007) *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ed. EDIAR.
- ZAFFARONI, E. (2010) "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente". Buenos Aires: La Ley.

ARTÍCULOS CONSULTADOS

- GARCÍA AMADO, J. (2016) *La interpretación y sus argumentos (IV): argumentos teleológico y sistemático. Lecciones, Teoría del derecho*.
<https://almacenederecho.org/la-interpretacion-y-sus-argumentos-iv-argumentos-teleologico-y-sistematico>
- GHIRARDI, O. *La estructura lógica del razonamiento judicial*. Dialnet-
[LaEstructuraLogicaDelRazonamientoJudicial-7792403.pdf](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792403).
- SASTRE ARIZA, S. *Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos*.
<https://core.ac.uk/download/pdf/60878116.pdf>

NORMATIVA CONSULTADA

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html>. Recuperado el 20 octubre 2023

ONU: Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), 23 abril 1963, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5bd791df4.html>. Recuperado el 21 octubre 2023

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html>. Recuperado el 21 octubre 2023

ONU - Asamblea General, Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, 17 Julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/50acc1a12.html>. Recuperado el 15 de octubre de 2023.

OEA - Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" del 22 noviembre de 1969

Ley N°11179. Código Penal de la Nación Argentina. Del 03 de noviembre de 1921

Ley N.º23077 Modificación Código Penal. Derogación de leyes de facto. Del 27 de agosto de 1984

Ley N.º 25928 Modificación Código Penal. Del 10 de septiembre de 2004

Ley N°26200 Corte Penal Internacional Implementación del Estatuto de Roma. Del 09 de enero de 2007

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Caso Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar del 06 de abril de 1993. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponible en

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bahamondez-marcelo-medida-cautelar-fa93000111-1993-04-06/123456789-111-0003-9ots-eupmocsollaf>

Caso Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad. Del 7 de septiembre de 1893. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-joaquin-cullen-gobierno-provisorio-santa-fe-doctor-baldomero-llerena-inconstitucionalidad-ley-nacional-intervencion-provincia-santa-fe-nulidad-fa93000614-1893-09-07/123456789-416-0003-9ots-eupmocsollaf>

Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros del 07 de julio de 1992. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponible en TR LA LEY 4/26004

Caso Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ Recurso de Hecho. Del 07 de julio de 1993. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fibraca-constructora-sca-comision-tecnica-mixta-salto-grande-recurso-hecho-fa93000274-1993-07-07/123456789-472-0003-9ots-eupmocsollaf>

“Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Cristian Andrés Estévez o Cristian Daniel Estévez en la causa Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas -causa n° 1669/1687 C-” del 08 de junio de 2010. (Fallos: 333:866) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Caso Rizzo, Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción amparo c./ P.E.N. Del 18 de junio de 2015. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponible en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003_2016

Caso Saguir y Dib Claudia Graciela de fecha 06 de noviembre de 1980. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disponible en <https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=dsalud>