



Hacia una protección integral de la dignidad humana

TOLERANCIA CERO A LOS MALOS TRATOS POLICIALES

Rolando E. Gialdino

SUMARIO: I. Introducción.— II. Aspecto sustancial del art. 3º.— III. Aspecto procesal del art. 3º.— IV. Reflexiones finales.

➔ La doctrina sobre el aspecto sustancial del art. 3º, CEDH, acuñada por la mayoría en “Bouyid” amerita la mejor bienvenida. Sobre todo para aquellos que, como nosotros, hemos emplazado a la dignidad inherente, intrínseca al ser humano como *principia maxima* del orden nacional e internacional del Derecho de los derechos humanos.

I. Introducción

Cuando una persona es privada de su libertad o, en términos más generales, resulta confrontada con agentes del orden público, el uso de la *fuerza física*, salvo que sea *estrictamente necesario* por el comportamiento de la primera, viola la dignidad humana y, *en principio*, constituye una violación del derecho garantizado por el art. 3º, Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH): “[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 3º). Así lo juzgó la formación más solemne de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), esto es, su Gran Sala, en el caso “Bouyid v. Bélgica”, con motivo del reenvío (CEDH, art. 43) del fallo dictado por una Sala de tres jueces de la 5ª Sección (I). El agravio planteado por los dos actores (hermanos, uno menor: 17) radicaba en haber recibido cada uno de ellos una bofetada en el rostro o sopapo (*gifle/slap*) por parte de agentes policiales en la comisaría de su zona, aunque en situaciones y momentos diferentes (durante una comprobación de identidad, 08/12/2003, en un caso; durante un interrogatorio, 23/02/2004, en el otro). Consideraron violado el art. 3º, *sustancialmente*, en la medida en que dicho trato resultaría degradante y, *procesalmente*, en cuanto la instrucción interna llevada a cabo con motivo de sus denuncias no se habría ajustado

a la jurisprudencia de la Corte EDH (§§ 54 y 60) (2).

El objeto de este trabajo residirá en el estudio de “Bouyid”, sobre todo en su aspecto sustancial que es el que presenta el mayor interés (I), aunque también trataremos, más acotadamente, el procesal (II). Dicho interés, asimismo, se ve realzado por cuanto, no obstante provenir el fallo de la Corte EDH y de la CEDH, su doctrina es del todo aplicable en la esfera de la Corte IDH y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (3), para lo cual iremos insertando, tal como lo adelanta la nota 2, las referencias apropiadas. Finalmente, volcaremos algunas reflexiones (III).

II. Aspecto sustancial del art. 3º

A. En el campo sustancial corresponde subrayar con doble trazo que, inmediatamente después de lo expuesto en el comienzo del punto anterior, que no hacía más que retomar acreditados fallos de Estrasburgo, la Gran Sala, por mayoría (17 votos contra 3), se encargó de introducir una relevante precisión: las antedichas palabras “en principio” no deberían ser tomadas en el sentido de que pudiera haber situaciones en las que la conclusión indicada (violación del art. 3º) no se impondría por no haber alcanzado el trato un “mínimo de gravedad” (§ 101). Esto es así, pues afectar la *dignidad humana*, es tocar la *esencia* de la CEDH, el *corazón* mismo de esta (ídem y § 89). Por ello, prosiguió, toda conducta de las fuerzas del orden contra una persona que menoscabe la dignidad humana constituye un quebrantamiento del art. 3º, lo cual se configura, en particular, cuando se utiliza contra aquella una fuerza física que no resulta *estrictamente necesaria* en razón de su comportamiento, *sea cual fuere el impacto que esa fuerza hubiese tenido sobre el interesado*: propinar por la policía un sopapo a un individuo que se encuentra enteramente bajo su control constituye un *menoscabo grave* a la *dignidad* de este último (§ 101); incluso el carácter *aislado*, *no premeditado* y *carente de*

efectos graves o durables sobre la persona que la recibe, no descarta que una bofetada pueda ser percibida como una humillación por la víctima (§ 105) (4), y con mayor razón cuando es propinada por agentes de las fuerzas del orden a individuos que están bajo su control, puesto que ello pone de *relieve* la relación *superioridad/inferioridad* que, por esencia, caracteriza en esas circunstancias el vínculo entre las primeras y los segundos (§ 106) (5), cuando más que el hecho de que la bofetada haya podido ser infligida desconsideradamente por un policía excedido por el comportamiento irrespetuoso o provocador de la víctima resulta, a estos efectos, irrelevante (*dénué de pertinence/irrelevant*, § 108). Saber por las víctimas que ese acto es ilegal, constitutivo de una falta deontológica y profesional de parte de los agentes, puede suscitar en aquellas un sentimiento de arbitrariedad, de injusticia e impotencia (§ 106). El sopapo, además, afecta el rostro, vale decir, la parte del cuerpo que, a la vez, expresa la individualidad de la persona, marca su identidad social y constituye el asiento de sentidos (vista, audición, habla) que sirven para comunicarse con los otros (§ 104).

B. Con ello, la Gran Sala, por mayoría, se apartó de la decisión adoptada por la Sala de tres jueces, la cual, para desestimar el presente agravio, había afirmado que un trato degradante debe alcanzar un *mínimo de gravedad* para violentar el art. 3º; luego, supuesto que las bofetadas hubieran existido, se trataba en los dos supuestos litigiosos de un hecho aislado, carente de todo efecto grave o durable, infligido irreflexivamente por policías superados por el comportamiento irrespetuoso o provocador de los actores, en el contexto de un clima tenso entre los miembros de la familia de estos últimos y los agentes de su circunscripción o barrio, y que no tendía a extraerles confesiones. Actos de este tipo, concluyó la Sala, bien que inaceptables, no deberían ser considerados como generadores de un grado de humillación o de degradación suficiente para caracterizar una falta del citado precepto (§ 56).

C. Y hemos calificado de relevante el antes resumido § 101, pues originó, según lo hemos anticipado, la disidencia de tres jueces de la Gran Sala, concordes con la postura de la Sala: el empleo de la expresión “en principio”, sostuvieron en su voto, implica la existencia de excepciones, es decir, de menoscabos a la dignidad humana que, sin embargo, no conllevan un quiebre del art. 3º; violencias que, condenables desde el punto de vista moral y, generalmente, por el derecho interno, no caen en el campo de dicha norma (§ 5). La mayoría, pues, se aparta de la línea jurisprudencial seguida por la Corte EDH, al paso que incurre en una posición eminentemente *dogmática*, imponiendo un estándar *irrealista*, *falto de matices* y *desapegado de la realidad*, que *banaliza* las determinaciones de atentados contra el art. 3º (§§ 5/8). Asimismo, no indica cómo ha de ser comprendida la dignidad humana en la que se apoya (§ 4).

D. “Bouyid”, asimismo, dio oportunidad a la Gran Sala para reafirmar precedentes de la Corte EDH que conviene apuntar, siquiera brevemente: a. el art. 3º consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas (§ 81 y su cita de antecedentes) (6); b. la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes es un valor estrechamente ligado al respeto de la *dignidad humana* (ídem) (7); c. dicho precepto no prevé restricciones, con lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas de la CEDH, además de no admitir, según el art. 15.2 de esta, ninguna derogación, aun en hipótesis de *peligro público que amenace la vida de la nación* (8); incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el *terrorismo* y el *crimen organizado*, la CEDH prohíbe en términos *absolutos* la tortura y las mentadas penas y tratos, sea cual fuere el comportamiento de la persona en cuestión (ídem y § 108) (9). En una sociedad democrática, los malos tratos no constituyen, *jamás*, una respuesta adecuada a los problemas que las autoridades deben encarar (§ 108) (10).

Más aún; el art. 3º pone en cabeza de los Estados parte la *obligación positiva* de formar a los agentes del orden con un grado eleva-



DOCTRINA. Hacia una protección integral de la dignidad humana. Tolerancia cero a los malos tratos policiales

Rolando E. Gialdino 1

NOTA A FALLO. La indemnización por enfermedad inculpada frente al otorgamiento del beneficio jubilatorio

Alberto Mansilla 5

JURISPRUDENCIA. INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA. Extinción del contrato de trabajo. Indemnización. Inconstitucionalidad del art. 212, 4º párr. de la LCT (CTrab., Villa María) 4

do de competencia en cuanto a su comportamiento profesional, con el objeto de que persona alguna resulte sometida a un trato contrario a esa norma (§ 108 y su cita) (11), mayormente, cuadra añadir, que no hace escapar del art. 3º, que el trato no tuviera como fin humillar o degradar a la víctima (§ 86 y sus citas).

E. Desde otro ángulo, la Gran Sala también retomó jurisprudencia ya asentada: d. las alegaciones de malos tratos deben apoyarse en elementos de prueba apropiados (§ 82 y su cita de antecedentes); e. para la determinación de los hechos, la Corte EDH aplica el criterio de la prueba “más allá de toda duda razonable”, lo cual, sin embargo, puede resultar de un conjunto de indicios, o de presunciones no levantadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (ídem). Mas, sobre esto último se añade que: f. cuando las circunstancias litigiosas, en su totalidad o en buena parte, son conocidas exclusivamente por las autoridades, tal como ocurre con las personas sometidas a custodia (*garde à vue/custody*), toda lesión producida durante ese período da lugar a fuertes presunciones de hecho, por lo cual, en este supuesto, incumbirá al Gobierno proporcionar una explicación satisfactoria y convincente mediante la producción de pruebas que acrediten hechos que generen dudas sobre las alegaciones de la víctima, a falta de lo cual la Corte podrá alcanzar conclusiones desfavorables al Gobierno. Esto último se justifica por el hecho de que los individuos bajo custodia se encuentran en situación de *vulnerabilidad*, por lo que las autoridades tienen el deber de protegerlos (§§ 83 —y su cita de precedentes— y 107) (12), no sólo de sus agentes, sino también, acotáramos, de terceros (v.gr. otros detenidos) (13).

F. Con todo, de acuerdo con I. Nifosi-Sutton, en “Bouyid” a dicha vulnerabilidad, se sumó otra (14). Es el caso de uno de los actores: menor y, por ende, según está claramente *reafirmado* en el plano internacional, *esencialmente vulnerable*: las fuerzas del orden deben tomar debidamente en cuenta esa circunstancia, con el objeto de hacer prueba de una *vigilancia* y un *control reforzados*: por el solo hecho de dirigirse hacia un menor, un comportamiento puede resultar incompatible con el art. 3º, no obstante que pudiese resultar aceptable respecto de un adulto (§§ 109/110) (15). Procede apuntar, a este respecto, que Estrasburgo se hizo eco de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (esp. arts. 23 y 24), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (esp. art. 10), además de determinados instrumentos de raíz europea (§§ 52/53) (16). Quede en claro, por último, un criterio que la Gran Sala compartió con la Sala: g. lo antedicho sub f es válido en todo caso en que una persona se encuentre en manos de la policía (tal como ocurrió durante la comprobación e interrogatorio de esta controversia) o de una *autoridad comparable* (§§ 84 y 107).

G. Atento a lo que hemos puntualizado en la introducción, es necesario advertir que la Gran Sala puso de relieve la existencia de un vínculo *particularmente fuerte* entre las nociones de penas o tratos degradantes en el terreno del art. 3º, por un lado, y de respeto de la *dignidad humana*, por el otro (§ 90). De ahí que, para tornar aplicable esta norma no es necesario que el trato produzca lesiones corporales o sufrimientos físicos o mentales intensos (§ 87). Es suficiente que el trato humille o degrade a un individuo, mostrando una falta de respeto o disminución de su dignidad

humana, o que despierte en la persona afectada sentimientos de temor, angustia o inferioridad que pudieran romper su resistencia moral y física (ídem) (17). También basta con que la víctima se vea humillada ante sus propios ojos, aunque no lo fuese ante los de otro (ídem).

H. Merecen singular mención, las referencias que formula la Gran Sala en torno de la noción general de dignidad humana. A los doce instrumentos universales que cita en sus §§ 45/46 (Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo; Declaración Universal de Derechos Humanos, ídem y art. 1º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo y art. 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo y art. 13; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes, Preámbulo; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo y arts. 23.1, 28.2, 37, 39 y 40.1...), se agregan, en el § 47, siete de procedencia regional, entre los que se encuentra, bueno es anotarlo, la CADH (arts. 5.2, 6.2 y 11.1; asimismo: Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 5º; Carta Europea de Derechos Fundamentales, Preámbulo y arts. 1º y 31; Protocolo 13, CEDH, Preámbulo...) (18).

III. Aspecto procesal del art. 3º

A. Siguiendo antecedentes constantes, la Gran Sala, por unanimidad, reiteró que, en su costado procesal, el art. 3º exige del Estado, ante denuncias defendibles que pongan en juego esa norma, llevar a cabo, de oficio, de manera rápida y con la debida diligencia, una investigación —en la que pueda participar la presunta víctima— efectiva y exhaustiva (19), por órganos independientes (20), tendente

a identificar y, en su caso, sancionar a los responsables, pero que también esclarezca el conjunto de circunstancias que rodearon los hechos (§§ 114/123). Todo ello, remató, es esencial para preservar la confianza del público en el respeto del principio de legalidad y evitar toda apariencia de complicidad o tolerancia respecto de los actos ilegales (§§ 121 y 133) (21). Sobre esas razones, juzgó que la actividad desarrollada por los órganos nacionales de instrucción en primera y segunda instancia, resultó del todo insuficiente (§§ 128/129 y 131) y morosa (§ 132), careciendo sus decisiones de la debida motivación (§ 130) (22). La Corte IDH tiene enunciado análogos criterios, materia en la cual, muy probablemente, ha sido precursora (23).

B. En este orden de ideas, es menester recordar la sentencia de la Corte IDH, “Bueno Alves c. Argentina” (24), que hemos oportunamente comentado desde estas mismas columnas. En ese litigio nuestro país se vio condenado, en la medida en que el Ministerio Público y el Poder Judicial jugaron un papel “notoriamente pasivo”, cuando “se dejaron de lado las investigaciones pertinentes”, cuando el proceso penal “dependió casi exclusivamente de la actividad de la víctima” y culminó, después de 9 años de duración entre su inicio en primera instancia (abril 1988) y la decisión de la Corte Suprema (abril 1997), sin reparación ni condena alguna: a los perjuicios a la integridad de la persona producto de la tortura, se añadieron, ominosamente, los irrogados por la Justicia. La “ausencia de respuesta del sistema judicial argentino”, se volvió un nuevo factor de afectación de la integridad personal de Bueno Alves. Tal como lo alegó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el daño psicológico de la tor-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “Bouyid c. Belgique/Bouyid v. Belgium”, requête/application n. 23380/09, 28/09/2015, §§ 4, 88 y 100; asimismo: §§ 56 y 70. Esta sentencia puede consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-157376> (versión en francés) y <https://hudoc.echr.coe.int/fre#?i=001-157670>] (versión en inglés). Las citas de párrafos (§) referirán a dicha sentencia, salvo indicación en contrario.

(2) La distinción (aspectos *sustancial/procesal*) revela la perspectiva procesal de los derechos sustanciales, vale decir, una obligación estatal positiva, implicada de un derecho sustancial protegido (en el caso: art. 3º), que reclama un comportamiento activo de las autoridades nacionales a fin de asegurar el efecto útil de aquel, y cuya inobservancia entrañaría una violación convencional independiente del hecho de saber si la sustancia misma del derecho protegido ha sido violada (*vid. GIALDINO, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 547 y ss., c. cita de jurisprudencia de la Corte EDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH].*

(3) Aludimos, en especial, a su art. 5º: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [...]”.

(4) Dado que los actores han referido lesiones corporales ligeras y no demostraron haber sufrido sufrimientos físicos o mentales serios, el trato no puede ser calificado de “inhumano” ni, *a fortiori*, de “tortura”, sino de “degradante” (§ 112).

(5) El Estado se encuentra en una posición especial de *garante* frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una *relación e interacción especial de sujeción* entre la persona privada de libertad y el Estado (Corte IDH, “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 05/07/2006, Serie C nro. 150, § 87, entre otros).

(6) “El art. 5º [CADH] consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal, según el cual “[t]oda per-

sona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y quedan expresamente prohibidos la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Corte IDH, “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)...”, cit. n. anterior, § 85, y otros).

(7) “Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana [...]” (Convención Interamericana contra la Tortura, Preámbulo). *Vid. infra* n. 9.

(8) De conformidad con el art. 27.2, CADH, el derecho de su art. 5º “forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes” (Corte IDH, “Montero Aranguren y otros [Retén de Catia]...”, cit. n. 5, § 85, y sus citas). “Debe ahora la Corte determinar si dichos abusos son constitutivos de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Desde luego, es importante dejar claro que ambos tipos de actos están estrictamente prohibidos en cualesquiera circunstancias” (ídem, “Bámaca Velásquez c. Guatemala”, fondo, 25/11/2000, Serie C nro. 70, § 154).

(9) “Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del art. 5º [CADH]. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona” (Corte IDH, “Loayza Tamayo c. Perú”, fondo, 17/09/1997, Serie C nro. 33, § 57, entre otros). “Este Tribunal ha indicado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas” (ídem, “Penal Castro c. Perú”, 25/11/2006, Serie C nro. 160, § 271). “La propia jurisprudencia de este Tribunal así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional” (ídem, “Caesar c. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, 11/03/2005, Serie C nro. 123, § 70). La CADH “reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [...]. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*” (ídem, “Torres Millacara y otros c. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, 26/08/2011, Serie C nro. 229, § 84, citas omitidas). La naturaleza del delito que le fuese reprochado a la víctima carece de pertinencia para el examen del art. 3º (Corte EDH, Gran Sala, “Gäfgen c. Allemagne”, 01/06/2010, § 87). *Vid. n. siguiente.*

(10) “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana [...] El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” (Corte IDH, “Velásquez Rodríguez c. Honduras”, fondo, 29/07/1988, Serie C nro. 4, §§ 154 y 165, asimismo: §§ 156, 158 y 187). “[...] con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida” (ídem, “Torres Millacara y otros...”, cit. n. anterior, § 70).

(11) “El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias” para impedir que los cuerpos armados, cuerpos de policía y los organismos de seguridad e inteligencia estatales actúen extralimitadamente mediante la aplicación de medios y métodos que no son respetuosos de los derechos humanos y, “en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados, de policía y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, aun bajo los estados de excepción. En particular, el Estado debe incluir, dentro de los cursos de formación de los miembros de sus fuerzas armadas, de la policía y de sus organismos de seguridad, capacitación en materia de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario” (Corte IDH, “Myrna Mack Chang c. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, 25/11/2003, Serie C nro. 101, §§ 281/282; asimismo: punto resolutivo 10). “[L]a Corte considera importante fortalecer las capacidades institucionales del personal penitenciario federal y de la Provincia de Mendoza, así como de los jueces con competencia sobre delitos cometidos por niños, mediante su capacitación sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez, incluyendo aquéllos relativos a la integridad personal y la tortura” (ídem, “Mendoza y otros c. Argentina”, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14/05/2013, Serie C nro. 260, § 337 y punto resolutivo 23). *Vid. infra* notas 27 y 30.

(12) “[L]a Corte ha señalado que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la [CADH], de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia [...] La jurisprudencia de este Tribunal también ha señalado que siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación creíble de esa situación [...] En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales [...] En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados [...]” (Corte IDH, “Cabrera García y Montiel Flores c. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26/11/2010, Serie C nro. 220, § 134, citas omitidas). “[L]a falta de tal explicación lleva a la presunción de res-

tura se vio “exacerbado” por la “impunidad reinante”; el sufrimiento y la angustia que origina aquella se agravó debido a la “impunidad persistente”. Tortura e indiferencias que produjeron en un ser humano perjuicios psicofísicos irreversibles (25). Serias deficiencias en el presente deber de investigar actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, que dieron lugar a condenas a Argentina ante la Corte IDH, registran, entre otros, los casos “Mendoza y otros” (cit. n. 11), “Bayarri” (cit. n. 23) y, en supuestos del derecho a la vida, “Gutiérrez y familia” (26).

Más aún; a las censuras que marcamos en esa pasada oportunidad, provenientes del Comité contra la Tortura (ONU, 2004), hoy podríamos agregar las de 2017, en las que reiteró aquéllas, en punto a la “impunidad imperante ante el elevado número de casos documentados. Conforme a informaciones recibidas, ello sería debido a las deficientes investigaciones judiciales, que no logran sustentar la versión de las víctimas, el apego de los funcionarios judiciales a la versión oficial que aporta el personal policial y penitenciario y la errónea calificación de los hechos en figuras delictivas más benignas. Asimismo, preocupa al Comité la resistencia de las víctimas y los testigos para denunciar los hechos por el temor a represalias, ante la falta de un mecanismo que permita ofrecerles protección, particularmente si se encuentran en detención (arts. 2º, 12, 13 y 16)” (27). A su turno, el Comité de Derechos Humanos (ONU), para 2016, tras mostrar su preocupación por el número reducido de víctimas de tortura a las que se les ha concedido una reparación tras las ac-

tuaciones judiciales, expresó: “[e]l Estado parte debe: a) Velar por que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente y que los responsables de esos actos comparezcan ante la justicia [...] c) Asegurar que los exámenes forenses de los presuntos casos de tortura y malos tratos cometidos por agentes del Estado sean imparciales y exhaustivos, y se lleven a cabo de acuerdo con el Protocolo de Estambul [...]” (28). En parecidos términos se han expedido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (ONU), para 2016 (29), y el Comité de los Derechos del Niño (ONU), para 2010 (30).

C. Sea oportuno recordar que el Sindicato de la Magistratura de Francia, ante la acusación de impunidad dirigida al Poder Judicial, admitió que no se debería ocultar la brecha entre el tratamiento inmediato que se le confiere a las ilegalidades populares, incluidas las casi 15.000 condenas anuales por desacato y rebelión, y el más lento y plagado de escollos que se les imprime a los crímenes cometidos por oficiales de policía (31).

IV. Reflexiones finales

A. La doctrina sobre el aspecto sustancial del art. 3º, CEDH acuñada por la mayoría en “Bouyid” amerita la mejor bienvenida. Sobre todo para aquellos que, como nosotros, hemos emplazado a la dignidad inherente, intrínseca al ser humano como *principia máxima* del orden nacional e internacional del Derecho de los derechos humanos (32), uno de cuyos caracteres es la sacralidad: “el

hombre es un ser sagrado para el hombre (*homo homini sacra res*, en el decir de Lucio Anneo Séneca). La dignidad es el definitivo ‘núcleo duro’, tan intangible como irradiante, y en toda circunstancia, sin excepciones, derogaciones ni suspensiones. La persona nunca puede ser reificada, tornándola una cosa [...] o un objeto del poder, provenga este de donde proviniese” (33).

B. Lo que no aprecian los disidentes en “Bouyid”, expresa N. Mavronicola, es que fue el acto ilegal (*wrong*) cometido en contra de los actores lo que alcanzó el nivel mínimo de gravedad, más que el daño por aquellos sufrido. El concepto de dignidad, en la postura de la mayoría, adquiere un carácter impersonal y objetivo, haciendo de la consideración acerca de si ha sido disminuida o de otra manera atacada una cuestión objetiva en lugar de una vinculada a la forma en que es subjetivamente experimentada. El art. 3º no existe solo para proteger a los seres humanos de sufrir determinadas formas de daño, sino que más bien proscribiera, absolutamente, ciertas formas de actos ilícitos, incluidos, pero no aisladamente, los actos ilícitos de los que resulta un sufrimiento humano significativo y otras formas de daño (34). La Sala, por lo contrario, concedió más importancia al criterio del mínimo de gravedad que a la situación de vulnerabilidad, lo que hacía más restrictiva la aplicación del art. 3º. Así lo indica P.-O. Koubi-Flotte, en un trabajo cuyo intitulado es del todo ilustrativo (35).

C. Resulta, entonces, en palabras de P. Salvemini, valorada la dimensión supraindi-

vidual de lo ilícito, en la medida en que es la percepción de una conducta antijurídica, del abuso de poder, lo que hace odiosa la conducta de los agentes de policía. Esta es la razón que justifica la superación del umbral mínimo de gravedad y hace que la represión sea necesaria para restaurar la confianza perdida frente al *agere publicum*. Por otro lado, el reproche de la disidencia al carácter abstracto con que la mayoría enuncia el concepto de dignidad humana, olvida que en la historia cultural europea, no solo jurídica, la dignidad es concepto tan extremadamente polisémico, como indispensable en tanto cláusula general a fin de adecuar la sensibilidad jurídica a la realidad social, en el delicado ámbito de la tutela de los derechos fundamentales. En el punto, es preciso recordar (tal como lo hemos hecho *supra* A), esa doctrina que se ha vuelto una acepción de la dignidad, el principio por el cual está prohibido tomar a una persona como medio, con el fin de instrumentalizarla. Y esto es particularmente compartible respecto de las acciones de los poderes públicos, no pudiéndose tolerar ninguna conducta antijurídica en la realización de sus fines institucionales (36).

D. La Gran Sala, por consiguiente, ha enriquecido la capacidad protectora del art. 3º, con respecto al ejercicio abusivo de los poderes públicos, ampliando el ámbito de aplicación de la prohibición de tratos degradantes incluso hacia aquellas formas menores de abuso que, precisamente por su aparente ligereza, a menudo no encuentran una respuesta adecuada en las leyes nacionales (37). Nos encontramos, pues, ante un verdadero “desarrollo” jurispru-

{ NOTAS }

ponsabilidad estatal por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales” (ídem, “Mendoza y otros...”, cit. n. anterior, § 203).

(13) CASEY-MASLEN, Stuart – CONNOLLY, Sean, “Police Use of Force under International Law”, *Cambridge University Press*, Cambridge, 2017, p. 232.

(14) NIFOSI-SUTTON, Ingrid, “The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law”, Oxon-Nueva York, Routledge, 2017, § 6, 8.

(15) Un maltrato es susceptible de producir un impacto —psicológico, en particular— más importante en un menor que en un adulto (§ 109). “[L]os niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC-17/02, 28/08/2002, Serie A nro. 17, § 55). El “fuerte control o dominio” del Estado sobre las personas bajo su custodia, señalado *supra* n. 5, se acrecienta en el caso de los niños (ídem, “Mendoza y otros...”, cit. n. 11, § 188; asimismo: § 191). “La protección especial a la infancia se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital de los niños que determina su mayor vulnerabilidad, medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar con adultos” (BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del Niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada* [C. STEINER y P. URIBE, coords.], Suprema Corte de Justicia de la Nación [Colombia] - Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 451).

(16) Los aspectos que acabamos de señalar en el texto fueron retomados por la Corte EDH, en “Zherdev v. Ukraine”, Sala (5ª sec.), 27/04/2017, esp. §§ 85/86. En este litigio, el Estado fue condenado por tratos degradantes al haber mantenido en detención a un menor [16] esposado y solo vestido con ropa interior durante dos horas y media y, después, haberlo alojado en una celda junto con detenidos adultos durante tres días. Asimismo, entre otros: “Cazan v. Roumanie”, Sala (4ª sec.), 05/04/2016; “Mihhailov v. Estonia”, Sala (2ª Sec.), 30/08/2016.

(17) “La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima [...]”

(Corte IDH, “Loayza Tamayo...”, cit. n. 9, § 57).

(18) Es sabido que la expresión dignidad no figura en la CEDH, y solo surgió del citado Protocolo 13 relativo a la prohibición de la pena de muerte en toda circunstancia (§ 89). No es este el caso de la CADH (Preámbulo y arts. 5.2, 6.2 y 11.1). *Id. supra* n. 10.

(19) Las autoridades siempre deben hacer un esfuerzo serio para averiguar qué sucedió y no deben basarse en conclusiones apresuradas o infundadas para cerrar el caso (§ 123).

(20) Ello supone la ausencia de lazos jerárquicos o institucionales, pero también una *independencia concreta* (§ 118).

(21) “La Corte entiende como impunidad ‘la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares’” (Corte IDH, “Bulacio c. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, 18/09/2003, Serie C nro. 100, § 120 y sus citas). “[L]a impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales —del Estado— como individuales —penales— y de otra índole de sus agentes o de particulares [...] En cumplimiento de esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad [...]” (ídem, “Comunidad Campesina de Santa Bárbara c. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 01/09/2015, Serie C nro. 299, § 222, citas omitidas).

(22) Los procedimientos judiciales internos se habían dado por concluidos mediante una *ordonnance de non-lieu* (§§ 24, 34, 130 y 132), que suele dictarse cuando la instrucción no permite establecer que los hechos en juego constituyen un crimen, un delito o una contravención, ni aporta indicios que justifiquen avanzar en la investigación.

(23) *Id. supra* GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, cit. n. 2, p. 547 y ss. “[A]un cuando la aplicación de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no haya sido denunciada ante las autoridades competentes, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento” (Corte IDH, “Bayarri c. Argen-

tina”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30/10/2008, Serie C nro. 187, § 92). “Esta Corte ha señalado que, de conformidad con el art. 1.1 [CADH], la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes [...] Esta obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los arts. 1º, 6º y 8º de la [Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura] que obligan al Estado a ‘tomar [...] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción’, así como a ‘prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’” (ídem, “Mendoza y otros...”, cit. n. 11, § 232, citas omitidas). Asimismo: “Comunidad Campesina de Santa Bárbara...”, cit. n. 21, § 218.

(24) Fondo, reparaciones y costas, 11/05/2007, Serie C nro. 164.

(25) GIALDINO, Rolando E., “La sal de la Justicia”, en LA LEY, 2007-E, p. 1363.

(26) Fondo, reparaciones y costas, 25/11/2013, Serie C nro. 271.

(27) *Observaciones finales: Argentina*, 2017, CAT/C/ARG/CO/5-6, § 29. Por ende, instó a Argentina, *inter alios*, a: “a) Garantizar que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas con prontitud e imparcialidad por un órgano independiente, sin relación institucional o jerárquica entre los investigadores y los presuntos autores [...] c) Velar por que las autoridades inicien de oficio una investigación siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura o malos tratos [...] e. Incrementar las actividades de formación de fiscales y jueces con el fin de mejorar la calidad de las investigaciones y la correcta calificación de los hechos [...]” (§ 30).

(28) *Observaciones finales: Argentina*, 2016, CCPR/C/ARG/CO/5, §§ 13/14.

(29) “[I]nsta al Estado parte a que [...] acelere la investigación de los presuntos casos de malos tratos y otros casos de violencia por razón de género ejercida contra las mujeres privadas de libertad” (*Observaciones finales: Argentina*, 2016, CEDAW/C/ARG/CO/7, § 46.d).

(30) “El Comité insta al Estado parte a adoptar medidas concretas para aplicar su política de tolerancia cero de la tortura. También lo insta a establecer prontamente en los ámbitos nacional y provincial un mecanismo de registro y seguimiento de las denuncias, incluyendo un registro nacional de denuncias de tratos inhumanos o degradantes. Lo insta asimismo a iniciar investigaciones prontas, exhaustivas e independientes

de esas denuncias, a llevar a los responsables ante la justicia y a proporcionar reparación a las víctimas, así como a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir esos actos, incluso publicando la investigación, las sanciones disciplinarias adoptadas y las condenas pronunciadas contra los autores de los delitos. El Estado parte debería estudiar asimismo las causas de esas graves violaciones, especialmente en la Provincia de Buenos Aires, y adoptar medidas urgentes de prevención, que incluyan la capacitación integral de los policías y demás agentes de la fuerza pública en materia de derechos del niño” (*Observaciones finales: Argentina*, 2010, CRC/C/ARG/CO/3-4, § 43).

(31) “Pour Rémi Fraisse: oser la vérité et la justice!”, comunicado de prensa, 26/10/2015, <http://www.syndicat-magistrature.org/Pour-Remi-Fraisse-osser-la-verite.html>, rec. 19/02/2018.

(32) GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 2, ps. 5 y ss.

(33) Ídem, p. 19, c. cita de CS, “Aquino”, Fallos 327:3753, 3778 —2004—, y de Corte EDH, “Tyrer v. United Kingdom”, 25/04/1978, § 33. Nos place que la mayoría en “Bouyid”, también haya encontrado sustento en el § 33 de Tyrer (§ 90).

(34) MAVRONICOLA, Natasa, “Bouyid v Belgium: The ‘minimum level of severity’ and Human Dignity’s Role in Article 3 ECHR”, en *Cyprus Human Rights Law Review*, 2016, ps. 15 y 13. Asimismo, de la misma autora: “Bouyid and dignity’s role in Article 3 ECHR”, *Strasbourg Observers*, 2015, <https://strasbourgobservers.com/2015/10/08/bouyid-and-dignitys-role-in-article-3-echr/>, rec. 16/02/2018.

(35) “La gifle d’un policier constitue par principe —et non en principe— un traitement dégradant” (La bofetada de un policía constituye como principio —y no en principio— un trato degradante), *Village de la Justice*, 2015, <https://www.village-justice.com/articles/gifle-policier-constitue-par-20552.html>, rec. 22/02/2018.

(36) SALVEMINI, Piersabino, “La Corte EDU allegerisce la ‘threshold of severity’ per integrare la fattispecie di trattamento degradante vietata dall’art. 3º della Convenzione”, en *Democrazia & Sicurezza - Democracy and Security Review*, 2016, nro. 2, ps. 264 y 265/266.

(37) CANCELLARO, Francesca, “Tolleranza zero contro gli abusi delle forze di polizia: per la Grande Camera anche uno schiaffo può integrare la violazione del divieto di trattamenti degradanti ex art. 3º CEDU”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, <https://www.penale-contemporaneo.it/d/4319-tolleranza-zero-contro-gli-abusi-delle-forze-di-polizia-per-la-grande-camera-anche-uno-schiaffo-puo>, rec. 21/02/2018.

dencial (38). De ahí que se haya advertido que los tratos no calificados de inhumanos o degradantes con anterioridad a “Bouyid”, puedan alcanzar esa caracterización en el futuro (39). Ello, desde luego, constituye una proyección de destacadas sentencias, como “Selmouni v. France”, de la Gran Sala: ciertos actos anteriormente calificables como *tratos inhumanos y degradantes*, y no como *torturas*, podrían recibir una calificación diferente en el futuro. El creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implica, paralela e ineluctablemente, un mayor grado de firmeza en la apreciación de los menoscabos a los valores fundamentales de las sociedades democráticas (40). La Corte IDH no ha dejado a hacer propia esta orientación (41). Una muestra más del obrar de la pauta de *interpretación evolutiva* en materia de normas de derechos humanos que ambas sedes, San José y Estrasburgo, han seguido con encomiable persistencia (42). El “carácter dinámico de la interpretación y aplicación” también ha llevado a que “[l]a preocupación inicial en esta materia, centrada en la prohibición de la tortura como forma de persecución y castigo, así como la de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha[ya] ido extendiéndose a otros campos, entre ellos, los de las sanciones estatales frente a la comisión de delitos [...] Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atro-

ces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes” (43).

Y así como la noción de dignidad humana ha ido cobrando una creciente presencia en Estrasburgo en punto al art. 3º (44); el antedicho caso “Mendoza y otros...”, condujo a San José a descalificar el art. 13, Código Penal de nuestro país, *inter alia*, en cuanto posibilitaba aplicar la pena de prisión perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años, al paso que condicionaba la obtención de libertad solo una vez cumplidos veinte años de condena: “la prisión y reclusión perpetuas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores”.

E. Tampoco ha estado ausente en “Bouyid” la pauta de *interpretación sistémica o universalista* (supra 1, F —protección del niño— y H —dignidad humana—), conforme a la cual, diría la Corte IDH, para interpretar las normas de un tratado de derechos humanos, ha de ser tomado en cuenta el “muy comprensivo *corpus juris* internacional” en el que aquellas, por naturaleza, están insertas (45); las necesidades de protección integral del ser humano bajo la CADH llevan “a interpretar sus disposiciones por la vía de la *convergencia* con otras normas del derecho internacional” (46), *convergencia* esta que, integrada por ins-

trumentos interamericanos y/o universales, posibilita la conformación de “un verdadero régimen jurídico internacional” (en el caso, de prohibición absoluta de todas las formas de tortura) (47). Por lo demás, es cuestión ya averiguada que, en la defensa de sus ideales comunes, la Corte IDH y la Corte EDH no dudan en citarse entre sí, cada vez que lo juzgan conveniente. Se trata de “acercamientos y convergencias” que se producen a pesar de las diferencias que median entre las realidades propias de los continentes en los que cada una despliega sus actividades (48).

F. Además, la experiencia, tanto en sociedades democráticas como opresivas, demuestra que las autoridades de aplicación de la ley usarán la tortura y el tratamiento degradante a menos que teman que serán, realmente, expuestas públicamente o, aún más importante, que serán castigadas por ordenar o permitir su uso. La única manera eficaz de disuadir dicho uso es hacer cumplir su prohibición a través de las ramas políticas, legales y judiciales. Los torturadores deben ser inequívocamente conscientes de que hay tolerancia cero para su uso, y que aquellos que violen la prohibición serán debidamente castigados (49).

G. Lo antedicho sub D y E, sumado a otras numerosas referencias que ya hemos hecho en orden a la jurisprudencia de la Corte IDH, acreditan, a nuestro juicio, que la doc-

trina “Bouyid”, en su costado sustancial, es perfectamente aplicable a la luz del art. 5º, CADH, tanto por aquella sede como por los Estados parte de la CADH, cuanto más que nuestro precepto resulta, incluso y con holgura, de mayores alcances que el texto europeo (art. 3º). A la prohibición de la *tortura* y las penas o tratos *inhumanos o degradantes*, el art. 5º añade las penas o tratos *crueles* (inc. 2º), al tiempo que prescribe: “[t]oda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (ídem). Y, sobre todo, enuncia con carácter general que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (inc. 1º) (50).

H. Por cierto que “Bouyid” ya ha trascendido el sistema de protección europeo de los derechos humanos según lo revela, entre otras fuentes, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), Juan E. Méndez, en un reciente informe (51).

I. En suma, según lo sostuvo el ministro de Justicia belga, la Gran Sala, en “Bouyid c. Bélgica”, demostró una “tolerancia” cero”, sí, pero respecto de la policía (52). ●

Cita online: AR/DOC/442/2018

{ NOTAS }

(38) *Rapport annuel 2015 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Estrasburgo, Consejo de Europa – Corte Europea de Derechos Humanos, 2016, p. 85; asimismo: ps. 99/100.

(39) RAINEY, Bernadette – WICKS, Elizabeth – OVEY, Calre, “European Convention on Human Rights”, *Oxford University Press*, Oxford, 2017, 7ª ed., p. 185.

(40) Corte EDH, Gran Sala, 29/07/1999, § 101. Ello quiere decir que Estrasburgo eleva el nivel de exigencia del art. 3º (CÉRÉ, Jean-Paul, “La notion de torture, de traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, en *Revista ESMAT*, 2017, nro. 12, p. 116).

(41) “Cantoral Benavides c. Perú”, fondo, 18/08/2000, Serie C nro. 69, § 99, c. cita del recordado § 101 de Selmouni; *vid.* asimismo: “Bámaca Velásquez...”, cit. n. 8, votos de

los jueces Cançado Trindade (§§ 34/40) y García Ramírez (§ 9). La Corte IDH en “Cantoral Benavides”, con arreglo a la doctrina que hemos enunciado en el texto, se apartó del criterio seguido anteriormente en “Loayza Tamayo” (cit. n. 9) y consideró tortura tratos que antes había calificado de crueles e inhumanos (GALDÁMEZ, Liliana, “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista CEJIL*, 2016, nro. 2, p. 94).

(42) *Vid.* GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 2, ps. 447 y ss.

(43) Cit. n. 11, § 175.

(44) V.gr. cuando la Gran Sala determinó que constituían un incumplimiento del art. 3º: a. la imposición de penas de prisión perpetua sin la posibilidad de que pudiera lograrse una liberación mediante un mecanismo de examen adecuado (“Vinter and others v. United

Kingdom”, 09/07/2013), y b. la práctica de encerrar a los procesados con prisión preventiva en una jaula de metal durante las audiencias en los tribunales (“Svinarenko and Slyadnev v. Russia”, 17/07/2014).

(45) “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú”, fondo, reparaciones y costas, 08/07/2004, Serie C nro. 110, § 166, entre otros.

(46) “Manuel Cepeda Vargas c. Colombia”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/05/2010, Serie C nro. 213, § 42, itálica agregada.

(47) “Cantoral Benavides...”, cit. n. 41, § 103. *Vid.* en general: GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 2, ps. 430 y ss.

(48) CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des cours euro-

péenne et interaméricaine des Droits de l'Homme”, en *Rapport annuel 2003 de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 2004, ps. 27 y 31.

(49) GOLDSTONE, Richard, “Combating Terrorism: Zero Tolerance for Torture”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, vol. 37, p. 345. Con todo, agrega, hay pocos países en los que se practica esa política (ídem).

(50) *Vid.* GROS ESPIELL, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis Comparativo”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 86.

(51) A/71/298, § 43.

(52) *Rapport annuel sur le contentieux de la Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme 2015 – 2016*, Service public fédéral de la justice, Bruselas, p. 12.

NOTA A FALLO

Incapacidad laboral absoluta

Extinción del contrato de trabajo. Indemnización. Inconstitucionalidad del art. 212, 4º párr. de la LCT.

Véase en página 5, Nota a Fallo

Hechos: Una empleada farmacéutica solicitó a su empleadora el cese de sus servicios a fin de acogerse a los beneficios de la jubilación por invalidez por “imposibilidad absoluta y permanente de continuar realizando sus tareas habituales”. La patronal rechazó la solicitud y la intimó a presentar la renuncia en forma. Por lo tanto, interpuso una demanda laboral en los términos del art. 212, 4º párr. de la LCT. El juez acogió la demanda, pero acotó la indemnización a los términos del art. 247 de la LCT.

El art. 212, párr. 4º de la LCT que manda al empleador a abonar una indemnización en los términos del art. 245 cuando el contrato se extingue por la incapacidad absoluta permanente del trabajador es inconstitucional, dado que, pese a que la decisión legislativa de trasladar la obligación indemnizatoria generada por la extinción del contrato de trabajo por incapacidad desde la seguridad so-

cial al empleador es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, lo cierto es que el actuar patronal es decididamente ajeno a dicha incapacidad y no es razonable que abone la escala indemnizatoria más cara de las establecidas en el título de la extinción, cuando en otros supuestos de finalización contractual, en donde el actuar patronal también es ajeno a la extinción —por muerte, fuerza mayor, causas económicas no imputables al patrón, vencimiento de plazo, y quiebra, entre otros— el legislador le impone el pago de una indemnización sustancialmente menor —por mitad— a la prevista en la extinción por incapacidad total.

120.926 — CTrab., Villa María, sala unipersonal, 23/11/2017. - G., N. B. c. T., S. C. s/ ordinario - otros.

[Cita on line: AR/JUR/99377/2017]

! COSTAS

Se imponen a la empleadora vencida.

! INTERESES

Se aplica la tasa pasiva que publica el BCRA más un interés del 2% ciento mensual.

! CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara inconstitucionalidad del art. 212, 4º párr. de la LCT.

2ª Instancia. — Villa María, noviembre 23 de 2017.

1) Que a fs. 2/4 comparece la letrada apoderada de la actora, A. L. A., iniciando demanda laboral en contra de S. C. T. con domicilio en calle ... de la ciudad de Villa María, por la suma de pesos ciento setenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco con cincuenta y ocho centavos (\$178.445,58) y/o lo que más o menos resulte de la prueba a rendirse en autos, más intereses legales, y costas.

Expone que la actora ha trabajado con relación dependencia laboral desde el 1 de julio de 1990 al servicio de la demandada, que se dedica al comercio farmacéutico en el establecimiento que explota en calle ..., de esta ciudad, cumpliendo tareas hasta el 7 de marzo de 2013, fecha a partir de la cual renuncia a su puesto de trabajo para acogerse a los beneficios de la jubilación por invalidez por “imposibilidad absoluta y permanente de continuar realizando sus tareas habituales”.

Relata que se desempeñó realizando tareas correspondientes a la categoría de “Empleada especializada de Farmacia”, según art. 8º

del Convenio Colectivo de Trabajo N° 430/05, advirtiendo que su antigüedad al servicio de la demandada al momento de la demanda (16/08/2013) debe ser considerada como de veintitrés (23) años. Agrega que la relación laboral se desarrolló en buenos términos y que con fecha 12 de marzo de 2012 se le diagnosticó “cáncer de mama con metástasis ganglionar” (Carcinoma Ductal Invasor), lo que fue debidamente notificado a su empleadora. Atento el diagnóstico y consejo médico inició en el mes de noviembre de 2012 ante ANSeS los trámites para acogerse a los beneficios de jubilación por invalidez. Al respecto la Junta Médica a la que se sometió determinó que la patología le ocasionaba una incapacidad laboral absoluta del setenta por ciento (70 %).

Prosigue diciendo que su enfermedad —de carácter permanente e irreversible— le implicó solicitar el cese de servicios a su empleadora, lo que comunicó mediante Telegrama Ley 23.789, N° 83637540 (CD N° 285058830) de fecha 26/02/2013, en la que también solicitó se le abonara la liquidación final y la indemnización prevista en el art. 212 de la LCT en su inc. 4, recibiendo como respuesta patronal (con fecha 28 de febrero de 2013) que aquella rechazaba lo solicitado por improcedente, extemporánea y equivocado, intimándola a presentar la renuncia en forma y aclarándole que se encontraba próximo a vencer el plazo de licencia paga por enfermedad inculpada y el comienzo de reserva de puesto.

Una vez rescindida la relación laboral solicitó audiencia al Departamento Provincial del Trabajo, sin que la demandada se aviniera a abonar lo reclamado. Seguidamente dedica un párrafo a explicar la rescisión del contrato laboral por incapacidad total, permanente y absoluta, explicitando el fundamento de la renuncia. Inmediatamente después cuantifica la demanda por el art. 212, 4° párr., LCT y su reclamo por diferencias de indemnización por vacaciones no gozadas (2012 y 2013). Funda su derecho en la LCT y Convenio Colectivo 430/05, solicitando finalmente que se haga lugar a la demanda, con costas. Esta es una acotada reseña de la demanda a cuyo contenido íntegro se remite (art. 329, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

2) Que a fs. 12 consta acta de la audiencia de conciliación (art. 47, LPT) en la que comparecen la actora con su letrada —A. L. A.— y la demandada acompañada de su letrada, Dra. M. L. R. En esa oportunidad la parte actora ratifica en toda su demanda en contra de S. C. T., pidiendo su admisión con costas, mientras que la parte demandada solicita el rechazo de la demanda en todos sus términos, también con costas, conforme razones expuestas en el memorial que acompaña a la misma. En el mismo, niega e impugna los hechos vertidos por la actora, sosteniendo que el contrato de trabajo mantenido con la actora se extinguió el 07/03/2013 por renuncia, transcribiendo el intercambio epistolar, y agrega que la Comisión Médica N° 06 de la SRT determina que la actora para el sistema jubilatorio detenta una incapacidad absoluta, pero no permanente, sino transitoria, seguidamente expone los fundamentos legales de la improcedencia del reclamo indemnizatorio del art. 212, 4° párrafo, LCT, abunda en argumentaciones respecto al concepto de “incapacidad laboral permanente” y reitera que ante la ausencia de informe médico alguno que da cuenta del carácter permanente de la incapacidad que detenta, sostiene que no

resulta exigible la obligación indemnizatoria que pretende a cargo de la demandada. Subsidiariamente impugna el cálculo y niega la cuantificación del rubro indemnizatorio derivado del art. 212, 4° párrafo, LCT como asimismo la diferencia de haberes por vacaciones no gozadas, fundando su derecho en el art. 18 de la CN; arts. 513, 514, 578, 580, 584, 586, 627, 632, 888, 889 y conc. del Cód. Civil y 212, 4° párrafo de la LCT, solicitando que se rechace la demanda, con costas. Esta es una acotada reseña de la tesis defensiva de la accionada a cuyo contenido íntegro se remite (art. 329, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

3) Que fueron ofrecidas y admitidas las pruebas: la de la parte actora (fs. 15/18) y la de la parte demandada (fs. 13/14). De las pruebas ofrecidas, consta pericial médica (fs. 126/131) que le otorga a la actora el 75,26 % de la T. O., también pericial contable (fs. 192/195) y sendos dictámenes de Comisión Médica otorgando primero la calificación de incapacidad transitoria (fs. 73 y ss.) y luego incapacidad definitiva (fs. 228).

4) Que, elevado el expediente a esta Cámara, fue recibido con fecha 13 de abril de 2016, avocado el Tribunal se lleva adelante la Audiencia de la vista de la Causa (apertura de audiencia y renuncia de prueba confesional y testimonial) y acta de fs. 259 (recepción de alegatos).

5) Que clausurado el debate el Tribunal, al verificar el pedido de la demandada del control de constitucionalidad del art. 212, LCT y sus concordantes, corrió vista a la actora para que ejerza su defensa y alegato sobre dicha tesis, quedando nuevamente los autos a resolución. En ese estadio, el Sr. Vocal, Dr. Marcelo Salomón, se formula las siguientes cuestiones,

1ª ¿Es procedente el reclamo impuesto por el actor? 2ª ¿Qué resolución hay que adoptar?

1ª cuestión. — El doctor *Salomón* dijo:

I. Que, de las constancias de autos, surge claro que son dos los puntos conflictivos a resolver: a) las diferencias exigidas en virtud del incorrecto pago en las Vacaciones 2012 y el proporcional de Vacaciones 2013; b) la procedencia del beneficio indemnizatorio contemplado en el art. 212, 4° párrafo de la LCT. Para mayor claridad expositiva, se abordará separadamente cada uno de ellos.

II. Diferencias salariales adeudadas por pago de Vacaciones año 2012 y vacaciones proporcionales 2013: Que no hay margen a duda de la admisión que debe hacerse a la exigencia, pues es la propia accionada quien en su primera posición procesal (cfr. memorial de contestación, fs. 11, *in fine*) admite el error efectuada en la cancelación respectiva y se “allana” a su pago, al punto tal de expresar que lo consignará judicialmente; consignación que nunca sucedió. A más de esta posición, luce la pericia contable (dictamen de fs. 192/196), la que corrobora la falta de pago por recibos oficiales de tales diferencias y cuantifica el saldo adeudado, aunque con algunas fallas técnicas al calcular la indemnización correspondiente al año 2013. Pese a ello, y respecto a las “diferencias de vacaciones”, la actora adecua la cuantificación económica de su reclamo a la pericia contable admitiendo el monto final determinado en dicho dictamen tal lo expresa en su alegato (cfr. fs. 247, punto b). En consecuencia, sin más análisis, debe hacerse lugar al reclamo, que será materializado económicamente en la cuantía establecida en la pericia contable de autos.

III. Beneficio indemnizatorio contemplado en el art. 212, 4° párrafo de la LCT: Que, respecto a este tópico, se han planteado objeciones constitucionales e instrumentales en cuanto a su aplicación al presente caso. En aras de una mayor comprensión de la resolución que hoy se adopta, se exteriorizaran

particularmente los argumentos que la sustentan.

III. a) Marco teórico y normativo de la “extinción del contrato de trabajo por incapacidad”: Que la regulación del supuesto extintivo en análisis (incapacidad laboral absoluta) está conformada por una serie de preceptos que —como varios otros supuestos de la LCT— adolece de claridad conceptual, integralidad normativa y genera contradicciones con otras normas de similar entidad. Así, puede observarse que este modo extintivo del contrato si bien está inserto en el Título XII de la Ley (De la Extinción del Contrato de Trabajo, Art. 254. — Incapacidad e inhabilidad. Monto de la indemnización. Cuando el trabajador fuese despedido por incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones, y la misma fuese sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios, la situación estará regida por lo dispuesto en el artículo 212 de esta ley), para operar sus consecuencias jurídicas debe efectuarse un “reenvío legislativo” hacia un Título distinto (Título X, Capítulo I, que comprende las suspensiones por enfermedades inculpables) y desde estas normas nuevamente hay que ejecutar un reenvío hacia los arts. 245 o 247, LCT según el caso. A más de ello, la literalidad del supuesto regulado en el 4° párrafo del art. 212, LCT (“...Cuando de la enfermedad o accidente se derivará incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el artículo 245 de esta ley”), no determina claramente a qué tipo de incapacidad refiere, a qué porcentaje debe vincularse tal impedimento y en su caso, quién es el encargado de calificar tal invalidez. Además, de estas vicisitudes normativas, mucho se ha discutido, tanto en doctrina como en jurisprudencia, sobre la naturaleza jurídica de este “indemnización” por extinción y en su caso, el porqué de que tal prestación —muchas veces calificada como integrante de la seguridad social— debe ser asumida en plenitud por el empleador, cuando éste es indiscutiblemente

La indemnización por enfermedad inculpable frente al otorgamiento del beneficio jubilatorio

Alberto Mansilla

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los hechos.— III. La primera cuestión de hecho no tratada.— IV. Los argumentos desechados.— V. Los fundamentos de la decisión.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La declaración de inconstitucionalidad del párr. 4° del art. 212 de la ley 20.744 por parte del tribunal ha causado cierta sorpresa. Esto, por la antigüedad de la norma en cuestión y, agregamos nosotros, por los argumentos esgrimidos por el vocal Dr. Marcelo J. Salomón. Nos explicaremos.

II. Los hechos

Lo primero que tenemos que recordar son los hechos que surgen de la sentencia. Se trataba de una relación laboral iniciada el 01/07/1990, entre la actora y una persona física que explotaba una farmacia y que había tenido como única empleada a la accionante. En marzo de 2012 le diagnosticaron cáncer de mama con metástasis gan-

gionar y en noviembre de ese año comenzó los trámites para lograr el beneficio de una jubilación por incapacidad. La Comisión Médica le reconoció un 70%, con lo que el 26/02/2013, dentro del período de licencia paga por enfermedad inculpable, le envió al empleador su renuncia, intimando al pago de la liquidación final y la indemnización del art. 212, párr. 4°. Dos días después, el dador de trabajo respondió rechazando lo anterior; la intimó “a presentar la renuncia” y le advirtió que el plazo estaba próximo a vencerse. Nótese entonces que en el caso que se ventila no está solamente el problema de la indemnización declarada inconstitucional, sino que encontramos mezclada una renuncia por jubilación de la trabajadora, ante la que nos anticipamos a decir que el problema no es tan lineal como lo plantea el magistrado.

III. La primera cuestión de hecho no tratada

La situación la describe el fallo: “...su enfermedad le implicó solicitar el cese de servicios a su empleadora, lo que comunicó mediante telegrama ley 23.789... de fecha 26/02/2013, en la que también solicitó se le abonara la liquidación final y la indemnización prevista en el art. 212 de la LCT en su inc. 4°, recibiendo como respuesta patronal... que aquella rechazaba lo solicitado por improcedente, extemporáneo y equivocado, intimándola a presentar la renuncia en forma y aclarándole que se encontraba próximo a vencer el plazo de licencia paga por enfermedad inculpable y el comienzo de reserva de puesto...”. En esa situación decimos que, a nuestro juicio, hay dos errores.

El primero es que la actora pretenda renunciar y cobrar la indemnización reclamada al mismo tiempo. El segundo, que el empleador, notificado de su jubilación, no la haya despedido en los términos del art. 252 de la LCT. Porque recordemos que esa norma afirma que “cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para obtener una (1) de las prestaciones de la ley 24.241”,

puede ser intimado por el empleador para que inicie los trámites y “concedido el beneficio... el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad...”. Este es el único caso de toda la legislación en que el dador de trabajo queda eximido totalmente de una reparación, y eso no puede ser soslayado, sobre todo en este caso. Es decir, si el empleado renuncia para acogerse al beneficio es porque ya está otorgado. Y si lo está, se ha extinguido la relación laboral. Esto es lo que ocurre con cualquiera de las prestaciones de la ley 24.241, inclusive, para ser claro, con la jubilación por incapacidad.

No se nos escapa que la jurisprudencia cordobesa va en ese sentido (2), pero todo esto no quiere decir más que la tendencia de la Provincia hace prevalecer forzosamente lo dispuesto por el art. 212 antes que lo del art. 252 destacado, lo que no implica que tenga razón.

Porque la norma cuestionada supone que el empleado se está *reincorporando* (3). Y en el caso que comentamos el empleado está haciendo lo contrario: está *renunciando*. Ese

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) El destacado es nuestro.

(2) Aunque antiguos, ver, entre otros, TS Córdoba, 28/11/2011, “Barrionuevo, Carlos O. c. Transportes Uni-

dos del Sud SRL — ordinario — art. 212, LCT — recurso directo” (53542/37); TS Córdoba, 31/05/2000, “Romero,

Luis B. c. OPIS SRL — indemniz. 212 — LCT — recurso de casación”.

ajeno a la causal extintiva. Esta breve introducción se realiza para resaltar que la decisión de la presente causa inexorablemente genera cavilaciones, contradicciones y tensiones respecto a la resolución final ya que trasluce la intrínseca e inescindible vinculación entre el valor “legalidad” (aplicación de las normas vigentes) y el valor “justicia” (obtener una adecuada y sesuda solución al caso concreto). Desde esta perspectiva, se analizarán las constancias de autos, y se ejercerá el control de constitucionalidad requerido.

III. b) El supuesto fáctico/legal de la causa: 1) Que, de las constancias del expediente, surge acreditado que la actora gozó de un periodo de licencia paga por enfermedad inculpable (art. 208 y cc) durante más de diez meses; que inició expediente ante la ANSeS reclamando el beneficio previsional por incapacidad y que de tal requerimiento administrativo obtuvo respuesta favorable (cfr. dictamen provisorio de fs. 71/74). En virtud de ello con fecha 07/03/2013, comunicó a su patronal la extinción del contrato del trabajo por incapacidad absoluta, requisito reglamentario ineludible para acogerse al goce del beneficio previsional respectivo (cfr. prueba documental, anexa a la causa). También se corrobora que con fecha 20/05/2013 la entidad administrativa de control (Comisión Médica N° 6) emitió nuevo dictamen sobre la incapacidad de la actora, la que quedó consolidada, con carácter de absoluta y definitiva, en el 66,02 % de la total obrera (cfr. dictamen completo de fs. 228/233). 2) Que la hoy actora ha cumplido todos los pasos administrativos indicados por el entramado legal (laboral y previsional) para extinguir el contrato de trabajo y acceder a la prestación jubilatoria por incapacidad. En este contexto, la particular situación que le cabe al empleador —quedando “fuera” y sin margen de control alguno

sobre las calificaciones médicas jurídicas de su dependiente— no puede ser objeto de impugnaciones en este juicio, pues el suscripto no es competente para tal función. Además, aquellos dictámenes (los que conceden la incapacidad necesaria para acceder al beneficio previsional) son actos administrativos que gozan de firmeza y como tal no son revisables por esta vía judicial. Por lo antes dicho, no son de recibos los argumentos de rechazo enarbolados por la demandada en cuanto a la cientificidad de esos dictámenes médicos. Esta posición jurídica, no obsta a respetar las críticas que elabora el perito médico de control, Dr. Dubois, en su disidencia (cfr. fs. 146/154), tanto respecto de la pericia oficial (dictamen que no era necesario obtener en esta causa, pues como se dijo el acto administrativo de reconocimiento de incapacidad no puede ser revisable por esta vía procesal) como a las argumentaciones vertidas por los galenos de la Comisión Médica. 3) Que, a modo de conclusión, corresponde afirmar que atento haberse acreditado “incapacidad absoluta definitiva” y haberse comunicado tal situación a la patronal en tiempo y forma, el supuesto fáctico de la causa encuadra —de pleno— en las normativas establecidas en el art. 212, 4° párrafo, por remisión expresa del art. 254, Ley de Contrato de Trabajo, sobre el cual se ha planteado la objeción constitucional que a continuación se aborda.

III. c) Examen de constitucionalidad pedido por la parte respecto a la norma aplicable al caso: 1) Que la demandada ha presentado agravio constitucional respecto al art. 212, 4° párrafo, LCT (tanto en su faz de gestación como en su aspecto sustancial), postura que ha sido rebatida por la parte actora (cfr. alegato de fs. 249/258 y contestación de fs. 263/266). Centralmente las críticas radican en la supuesta inconstitucionalidad de origen de la norma

(haber sido dictada por un “gobierno de facto”) y en lo sustancial, porque la imposición legal “desapodera arbitrariamente” al empleador de parte de su propiedad pues se le obliga al pago de una indemnización (equivalente al despido incausado) cuando en realidad dicha prestación debería ser asumida por el Estado como garante de la Seguridad Social. 2) Que respecto a la primera recriminación (nulidad de origen), largo es el debate jurídico/político respecto a la constitucionalidad de los llamados “actos jurídicos de los gobiernos de factos”, debate que excede largamente el contorno de una sentencia judicial, y al cual la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, ha ido demarcando en sus diferentes andariveles de procedencia. No obstante, y aplicando a esta causa específica, corresponde decir que es doctrina perseverante de nuestra CSJN el reconocer la “convalidación tácita” del Parlamento (en su carácter de órgano legislativo constitucional) de todas aquellas normas que pese haber sido dictadas o refrendadas por “gobierno de facto” no fueron expresamente derogadas por el Parlamento en etapa constitucional. Así nuestra Corte ha dicho: “la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda, la reconozca, y que la restitución del orden constitucional en el país requiere que los poderes del Estado Nacional o los de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del gobierno de facto” (Entre otros, Rivademar, Ángela; c. Municipalidad de Rosario, 22/05/1989). Concretamente: en el universo normativo argentino existen infinidad de leyes y capítulos legislativos cuyo gestor no ha sido el Parlamento (art. 75, inc. 12 C.N.) pero que a la fecha se encuentran en vigencia no correspondiendo —por la argumen-

tación precitada— su tacha de ilegalidad constitucional. Por las razones dadas, se rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la norma en cuanto a su proceso de gestación. 3) Que respecto al cuestionamiento “axiológico” de asignar la obligación indemnizatoria al empleador, la amplísima doctrina iuslaboralista coincide en que esta prestación es de naturaleza de la seguridad social y como tal, correspondería al estado asumirla. No obstante, esta doctrina es conteste en “respetar” la decisión del Parlamento de imponerla al empleador, bajo sostén del deficiente estado económico de las arcas previsionales. En este punto, corresponde recordar los límites que el Poder Judicial tiene establecido al momento de ejercer el control de constitucionalidad, respecto al espacio de “autonomía” del Poder Legislativo. Más claramente: el perfil reglamentario de los derechos constitucionales (en este caso, protección por pérdida del trabajo) dependerá de la política estatal para resguardarlo, siendo dicha regulación elaborada de acuerdo a los “criterios de oportunidad, mérito y conveniencia”, propios y exclusivos del Parlamento. El Congreso, cuenta con un “menú de opciones legislativas” conformado por diferentes posibilidades de reglamentación que constituyen una regulación razonable del derecho reglamentado (art. 28, CN). En otras palabras, al momento de establecer la regulación concreta, el Congreso tiene extensa autonomía de elección entre diferentes alternativas de reglamentación, pudiendo optar por aquella que considere más ajustada a las finalidades y propósitos de la política legislativa trazada desde el Estado, siempre que se trate de una alternativa válida desde la perspectiva constitucional (arts. 14, 28, 31, 75, inc. 22 C.N.). Aplicando este axioma a las normas en análisis, puede verse como a la manda constitucional (protección ante la pérdida del puesto laboral, art. 14 bis y CN) el Parlamento

hecho no analizado hace que todo el reclamo de la actora caiga por su propio peso, pese a la jurisprudencia favorable. Pero, además, la demandada, probablemente por la influencia de los fallos anteriores, no se cuestiona el problema, no tiene en cuenta la renuncia y tampoco decide el despido. Es que un error no se soluciona con otro error. Por eso la falencia de la accionante no pudo ser cubierta por la conducta de la accionada.

IV. Los argumentos desechados

El sentenciante analiza, con prolijidad, los argumentos esgrimidos y los va desechando uno por uno.

El primero de ellos se centra en el “reen-vío” que hace la norma a los arts. 245 y 247. Destaca la confusión que crea al atribuir a la empresa una obligación que le corresponde al Estado a través de sus sistemas de seguridad social: “Esta breve introducción se realiza para resaltar que la decisión de la presente causa inexorablemente cavilaciones, contradicciones y tensiones respecto a la resolución final ya que trasluce la intrínseca e inescindible vinculación entre el valor ‘legalidad’ (aplicación de las normas vigentes) y el valor ‘justicia’ (obtener una adecuada y sesuda solución al caso concreto)...”. Sin embargo, el magistrado afirma que “el supuesto fáctico de la causa encuadra —de pleno— en las normativas establecidas en el art. 212, párr. 4°, por remisión expresa del art. 254, LCT”.

A nuestro juicio no hay confusión, ni la situación se enmarca en lo previsto por el art. 212,

párr. 4°, LCT, como lo afirma el magistrado. Porque no hay más que repasar los conceptos elementales de la seguridad social para concluir que la atención de las enfermedades inculpables es un tema que le compete a dicha materia. De allí que todo el sistema de obras sociales quede incluido en ella. Por otro lado, lo que afirma el art. 254 (4) es que si al trabajador lo despiden por incapacidad física hay que remitirse al art. 212. Pero aquí el trabajador no fue despedido, sino que renunció para acogerse al beneficio jubilatorio. Por eso, los valores “legalidad” y “justicia” que invoca el magistrado se ven comprometidos por el razonamiento efectuado y no por la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la indemnización.

El segundo de ellos se refiere a la inconstitucionalidad de origen, por haber sido una norma dictada por un gobierno *de facto* y por desapoderar arbitrariamente al empleador de su propiedad por tener que pagar una indemnización, cuando ello le correspondería a la seguridad social. Si bien entendemos que el actor debía invocar este argumento para no recibir críticas posteriores, también sabemos que no podía tener favorable acogida, ya que con el mismo razonamiento tendrían que dejar de aplicarse una cantidad importante de normas que, luego de las interrupciones del orden constitucional que sufrió nuestro país, no fueron refrendadas por el poder civil de turno.

El tercero de los argumentos, al que llama “axiológico”, es que la legislación le imputa al empleador una obligación propia de la seguridad social. Pero justifica la decisión “bajo sostén del deficiente estado económico de las ar-

cas previsionales”. Afirmación criticable que se da por sentada —como el magistrado lo hace— por la repetición de la jurisprudencia. Los magistrados han defendido casi siempre este tipo de delegaciones del Estado en las situaciones de dificultades extremas por las que atraviesa. Recordemos, sin ir más lejos, los argumentos invocados por los tribunales —la crisis profunda que sufría el país en aquel entonces— para sostener la aplicación de la doble indemnización impuesta luego de la situación terminal del 2001. Como si los particulares debieran salir a sostener a la “sociedad políticamente organizada” luego de que ella comete cualquier tipo de desliz económico-político de gobierno.

En este caso, ni siquiera exponen una circunstancia extraordinaria, sino solamente un “deficiente estado económico de las arcas previsionales”, olvidando que eso no es una situación extraordinaria en nuestro país, consumido en circunstancias parecidas. Y para reafirmar el razonamiento, trae a colación los límites del Poder Judicial al ejercer el control de constitucionalidad, que no puede entrometerse en una decisión parlamentaria, salvo que ésta sea “extremadamente violatoria de los arts. 28, 14, 75, inc. 12”. Con razonamientos de este tipo, la jurisprudencia ha convalidado algunos traslados de obligaciones indemnizatorias de la seguridad social al empleador. Y para ello agrega un prolijo y profundo estudio del Dr. Ackerman (5), que resume la posición doctrinal de la Corte, que le permite concluir que no le corresponde controlar el “diseño legislativo”, por lo que no declara la inconstitucionalidad por estas razones. Es decir, convalida una vez más el desplazamiento de

los deberes estatales a los empleadores, que reciben esta misión sin otra razón que la de ser dadores de trabajo y aceptando una clara desigualdad respecto del resto de los ciudadanos que no quedan involucrados.

Así es que el valor “justicia” (en este caso, “justicia distributiva”) queda nuevamente afectado.

V. Los fundamentos de la decisión

Para defender su postura, el pronunciamiento acude al “test de razonabilidad”, por el cual el legislador puede establecer límites a los derechos constitucionales, siempre y cuando sean conducentes a los propósitos perseguidos.

Por eso es que encuentra el magistrado “serias incoherencias” a las propuestas reglamentarias. Concretamente, que en todas las situaciones en donde el legislador atribuyó una obligación al empleador en donde era ajeno a la causa, determinó el camino de la indemnización disminuida del art. 247; mientras que en el art. 212 impuso una reparación igual a la del art. 245. La violación constitucional sería entonces que, en situaciones análogas, las normas imponen soluciones distintas, violentando el valor “justicia”, y teniendo en cuenta que la empresa no es más ni menos que una sola persona que ha tenido a lo largo de veintitrés años a una única empleada y que ahora se encuentra con un deber económico que cumplir, siendo extraña a la causa que lo provoca.

Por eso es que la decisión que toma es aplicar la indemnización disminuida utilizada

{ NOTAS }

(3) Destaco el título que antecede a la regla: “Reincorporación”.

(4) Art. 254: “Incapacidad e inhabilidad. Monto de la indemnización. Cuando el trabajador fuese despedido

por incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones, y la misma fuese sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios, la situación estará regida por lo dispuesto en el art. 212 de esta ley.

Tratándose de un trabajador que contare con la habilitación especial que se requiera para prestar los servicios objeto del contrato, y fuese sobrevinientemente inhabilitado, en caso de despido será acreedor a la in-

demnización prevista en el art. 247, salvo que la inhabilitación provenga de dolo o culpa grave e inexcusable de su parte”.

(5) ACKERMAN, Mario, “¿Qué reparan las indem-

le ha diseñado un sistema de tutela legal (reglamentación art. 28, C.N.) confiriendo una “indemnización económica” (según arts. 245 y 247, LCT) para aquellos trabajadores que vean extinguido su contrato de trabajo, “eligiendo” según sus criterio de oportunidad, mérito y conveniencia —entre todas las opciones posibles— aquella que impone que dicho pago “siempre” este a cargo del empleador (cualquiera sea la naturaleza jurídica que se le asigne a tal protección) y cualquiera sea la causal extintiva, salvo la renuncia, el acuerdo de partes, la injuria laboral del trabajador, o la jubilación, todos supuestos que no gozan de indemnización (cfr. arts. 240 a 254, L.C.T.). Frente a esta “elección reglamentaria” del Parlamento, el Juez no puede invalidar la misma porque no sea de su agrado o porque estimare que existía otra solución legislativa más conveniente. Concretamente: el Poder Judicial no puede introducirse en la decisión parlamentaria, salvo que ésta sea extremadamente violatoria de los arts. 28, 14, 75, inciso 12 y demás normas concordantes. 4) Que en línea a lo expuesto en el acápite anterior la CSJN, en reiterados fallos, ha convalidado la “decisión legislativa” de trasladar la obligación indemnizatoria generada por la extinción del contrato de trabajo por incapacidad desde la “seguridad social” al “empleador”, como agudamente lo reseña Ackerman, realizando un racconto de diferentes fallos de nuestro Tribunal Címero. El calificado doctrinario, al sintetizar la posición jurisprudencial de la Corte, afirma que “... la Corte Suprema de Justicia de la Nación había considerado que “el beneficio establecido (en el 4° párr. del art. 212, LCT) podría considerarse —desde el punto de vista material— como una prestación de la seguridad social, pues cubre riesgos de subsistencia, pero formalmente se encuadra dentro del ámbito laboral y es consecuencia directa del contrato de trabajo”. Aclaró el Alto Tribunal, sin embargo, en esa misma oportunidad, que “la indemnización de referencia no es un aporte en el sentido constitucional de la palabra, esto es, una contribución forzosa en dinero hecha al fondo de un organismo previsional o de seguridad social por los beneficiarios del mismo o por los empleadores, sino que se trata de una carga derivada del contrato de trabajo, cuyo monto debe satisfacer directamente el principal a su empleado” ... “En ‘Reynoso, M. c. Fidensa’, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró aquella definición, pero en el caso ‘Rivarola, J. c. EFA’, aunque mencionando el precedente “Mansilla”, expresó que ‘la indemnización [...] prevista en la LCT (art. 212) tiene naturaleza previsional y asistencial con fundamento en la solidaridad social’. Ya con otra integración, en ‘Iglesias c. CAP’ la Corte Suprema atenuó las referencias a la inserción formal en la legislación laboral y,

además de producirse varios votos en disidencia del doctor Fayt en el sentido de que “el beneficio que establece el artículo 212 del régimen de contrato de trabajo debe considerarse una prestación de seguridad social, pues está destinado a cubrir riesgos de subsistencia”, en “Andrade c. Siderca” el Máximo Tribunal compartió los fundamentos y conclusiones del procurador general —que, a su vez, se remitió también a “Iglesias c. CAP”— que expresó que “la indemnización prevista en el 4° párrafo del artículo 212 de la LCT [...] puede considerarse una prestación de seguridad social, de naturaleza evidentemente disímil de la que cabe atribuir al resarcimiento por antigüedad en el supuesto de despido incausado, aunque resulten coincidentes en cuanto a las pautas sobre las que se calculan” (cfr. Ackerman, Mario. “¿Qué reparan las indemnizaciones del art. 212 de la LCT?”, Revista de Derecho Laboral, 2000/2, Extinción del contrato de trabajo, Ed. Rubinzal Culzoni). En conclusión, y por el razonamiento efectuado, no corresponde al suscripto “control constitucionalmente” el diseño legislativo de la L.C.T. y consecuentemente debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 212, 4° párrafo en cuanto al mandato legislativo de imponer al patrón la indemnización por extinción laboral por incapacidad.

IV. Examen de constitucionalidad del art. 212, 4° párrafo desde el “test de razonabilidad”: 1) Que pese a la posición asumida en los acápites anteriores, bajo el influjo del principio procesal *Iura Novit Curia*, el suscripto entiende que el conflicto a resolver en autos reviste de otra arista de verificación constitucional de la norma en cuestión aún no abordada, que se circunscribe a determinar si en este caso concreto debe aplicarse el “reenvío legislativo” que contiene el 4° párrafo del art. 212 LCT; o en cambio, por existir reproche constitucional, corresponde recurrir a otra hipótesis de solución contenida dentro del mismo cuerpo legal. Para tal fin, alineado en la sostenida e inevitable doctrina de nuestra Corte Federal (léase precedentes “Banco Comercial de Finanzas”, “Mill de Pereyra” y más profundamente en “Rodríguez Pereyra”), se procederá a efectuar el control de constitucionalidad sobre la norma reglamentaria (art. 212, 4° párrafo, LCT) desde el llamado “test de razonabilidad” el que, previo a su aplicación, brevemente se explicita a continuación. 2) Es por todos conocido que el proceso reglamentario de derechos constitucionales, debe respetar el principio constitucional de legalidad (arts. 19, 14, 75, 99 y cc de la CN) y muy especialmente debe resguardar la “razonabilidad” o “proporcionalidad” legislativa (art. 28 y cc de la CN). Buscando identificar

los contenidos propios de los “estándares jurídicos” de la razonabilidad, la doctrina es coincidente en afirmar que lo primordial del “test de razonabilidad” consiste en alcanzar la compensación entre “el medio y el fin”; es decir entre la limitación al derecho constitucional en juego y el interés general que fundamenta tal limitación, distinguiéndose entre los autores diferentes perspectivas de indagación. Respecto a la denominada “razonabilidad instrumental”, se la concibe como la proporcionalidad que debe guardar el legislador entre la finalidad perseguida a través de la reglamentación prevista, y los medios ideados para la consecución de esos fines. Es decir, el legislador en el ejercicio de su potestad reglamentaria puede establecer límites y restricciones en la instrumentación concreta de los derechos constitucionales, pero tales limitaciones y restricciones sólo serán consideradas razonables cuando sean conducentes (como medios) a los propósitos perseguidos (como fines), dinámica que se materializa a través de la reglamentación de los derechos. Desde la doctrina se define la razonabilidad como un “...estándar o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo o judicial), lo axiológicamente válido para actuar de esos órganos; es decir, hasta donde pueden restringir, en ejercicio de su arbitrio, la libertad del individuo...” (cfr. Linares, Juan Francisco, “Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina”. Ed. Astrea, Bs. As., 2ª edic., 2002, p. 26.). En sentido similar, Sagüés reconoce tres niveles en el test de razonabilidad: un nivel normativo que exige que las normas legales mantengan coherencia con la Constitución; un nivel técnico que demanda adecuación entre los fines postulados de una ley y los medios que se planifican para lograrlo; y finalmente un nivel axiológico que impone una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resulten inconstitucionales (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”. Ed. Astrea, Bs. As., 3ª edic., 2001, Tomo 2, p. 880). En esa perspectiva, nuestro Tribunal Címero Nacional (CSJN) tiene opinión, mantenida en el tiempo y en diversos precedentes, respecto a que: “La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés pri-

vado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad” (Cfr., entre muchos otros, Fallos 300:67; 300:700; 308-418; 311:1180; 312:496.). En conclusión, podemos afirmar que bajo la tabula del “test de razonabilidad” la Constitución impone al Parlamento, los siguientes límites: a) utilizar el medio adecuado al fin propuesto; b) no alterar la esencia del derecho objeto de reglamentación; c) inspirar la reglamentación en el valor justicia; d) recurrir a la limitación menos restrictiva. 3) Que expuestos los pilares teóricos del “test de razonabilidad” (art. 28, CN), se analiza a continuación la solución legislativa propuesta por la L.C.T. respecto a la extinción por incapacidad absoluta (art. 212, 4° párrafo), la cual asigna pagar al empleador una indemnización equivalente al despido incausado. A nuestro modo de ver, desde el tamiz de la “razonabilidad constitucional”, la respuesta legislativa adolece de serias incoherencias respecto a las respuestas reglamentarias que el propio Código ha dado para otras modalidades extintivas. Nos explicamos: respecto a la extinción fundada en incapacidad absoluta por enfermedad o accidente inculpable (como es el caso de autos) el actuar patronal es decididamente ajeno a dicha incapacidad, es decir no ha generado tal insuficiencia. Pese a ello, la “solución legislativa” manda pagar al patrón la tabula indemnizatoria más cara de las establecidas en el título de la extinción (art. 245). En cambio, otros supuestos de finalización contractual de la LCT, en donde el actuar patronal también es ajeno a la extinción (verbigracia, extinción por muerte, extinción por fuerza mayor, extinción por causas económicas no imputables al patrón, extinción por vencimiento de plazo, extinción por quiebra, entre otros) el legislador le impone al empleador el pago de una indemnización (art. 247) sustancialmente menor —por mitad— a la prevista en la extinción por incapacidad total (art. 245). Más claramente: frente a supuestos de idéntica plataforma fáctica (ajenidad patronal en la generación de la causal extintiva) el legislador a todos los supuestos le impone una idéntica consecuencia económica (indemnización según art. 247) con excepción del supuesto regulado en los arts. “254/212, 4° párrafo” al que, sin dar razones de peso y consideración constitucional, le impone una indemnización que duplica a la anterior. Es aquí donde claramente se observa violentado el “test de razonabilidad” en la reglamentación de derechos. 4) Que la solución legislativa (art. 212, 4° párrafo) no denota razón constitucional alguna —ni siquiera mirada ésta desde el espectro propio de los “criterios de oportunidad, mérito y conveniencia” del

siempre por el legislador, en lugar del artículo que dispone la indemnización por antigüedad que colocaría al “patrón” en el lugar de causa del distracto.

En otras palabras, no por la imputación de una obligación de la seguridad social al empleador, ni por la inconstitucionalidad de origen, sino por la injusta desigualdad que se ha creado cuando se le atribuyó al dador de trabajo una indemnización igual a la de un despido, y no la disminuida, que parece ser la dispuesta por el legislador en situaciones similares. Entonces, no deja sin efecto la indemnización, sino que la disminuye. Una solución salomónica.

VI. Conclusiones

Decíamos al principio que nos sorprendió la decisión, pero también lo hicieron los argumentos invocados.

{ NOTAS }

nizaciones del art. 212 de la LCT?”, *Revista de Derecho Laboral*, 2000/2: “Extinción del contrato de trabajo”,

Porque más allá de lo que expone el magistrado en su decisorio, lo que creemos que es inaceptable desde el punto de vista constitucional es el mismo sistema, que imputa obligaciones a los empleadores que, en razón de la justicia, le pertenecen al Estado. Y no solamente que le haya atribuido la que surge del art. 245, cuando en otros casos se aplicó la del art. 247. Sino, además, por violar uno de los objetivos del Preámbulo, que señala “afianzar la justicia”, y porque se han transgredido el principio de igualdad ante la ley y la garantía de la propiedad privada. Porque ese empleador ha recibido el traslado de obligaciones del Estado sin otra razón que la de su condición de tal y sin compensación alguna, con lo que ha tenido una mengua infundada de su patrimonio.

En este sentido, no podemos compartir la posición que justifica este tipo de delegacio-

nes del Estado hacia los particulares. Porque el “argumento axiológico”⁽⁶⁾ —que está basado en que aquellos desplazamientos son aceptados por la doctrina iuslaboralista, ya que, pese a ser una prestación de la seguridad social, hay que respetar la decisión parlamentaria “bajo sostén del deficiente estado económico de las arcas previsionales”— es insuficiente.

A tal punto lo es que dicha posición se halla cuestionada sin encontrar paz intelectual (aun dentro de la misma Corte, como lo demuestra el trabajo de Ackerman, que cita el magistrado), ni siquiera a la luz del principio de solidaridad de la seguridad social. Porque, además, con ese criterio, los dadores de trabajo serían sujetos que recibirían permanentemente obligaciones estatales para cumplir, ya que nuestro país ha desarrollado su historia con mayores o menores problemas de escasez grave en los fondos jubilatorios, de acuerdo a los tiempos políticos que se han vivido.

No se nos escapa que el planteo no puede ser resuelto por el magistrado, sino para el

caso concreto y no por el sistema completo. Pero tampoco olvidamos que los argumentos del magistrado pueden referirse al todo y aplicarlos a la parte. Y no es eso lo que hace el juez.

Ni los estados económicos de los fondos jubilatorios ni aun las situaciones de extrema gravedad institucional pueden justificar el desplazamiento de obligaciones del Estado hacia un sector de los particulares. No es justo que así sea. Y si se le da prioridad al bienestar económico general antes que a la justicia distributiva, es necesario que se ponga un plazo real a la situación, cumpliéndolo al pie de la letra. No, en cambio, crear un desarrollo jurídico-doctrinario que justifique la medida legislativa extendiéndolo todo el tiempo que sea necesario.

Por eso entendemos que el fallo que comentamos fue un esfuerzo del magistrado por poner la situación en su quicio. Pero creemos que tampoco fue suficiente. ●

Cita on line: AR/DOC/618/2018

Ed. Rubinzal-Culzoni.

(6) Como lo denomina el Dr. Marcelo J. Salomón.

Parlamento— para que el legislador haya impuesto dos previsiones distintas (indemnizaciones según arts. 245 o 247) a supuestos que constitucionalmente son similares (finalización del contrato de trabajo en donde el empleador no es generador de la causa extintiva). Aquí aparece flagrante la violación constitucional, pues el legislador ha introducido “categorías” o “clasificaciones” que enmascaran o sostienen discriminaciones que no se compadecen con las circunstancias particulares que rodean al derecho reglamentado. Es decir, la Ley de Contrato de Trabajo ha establecido lo que en doctrina de la CSJN se califica como “categorías sospechosas” (diferentes soluciones a equivalentes situaciones fácticas), las cuales para poder ser avaladas deberán responder a un fuerte interés público el que es satisfecho y acometido con la desigualdad generada. 5) Que el legislador no ha descripto —ni explícita ni tácitamente— cuál es el fin o interés público que justifique la imposición de la más grave sanción económica por extinción del contrato de trabajo (art. 245) desapode-

rando arbitrariamente de una fracción mayor del patrimonio del empleador a la que ya —por aplicación legislativa— le corresponde desembolsar, cuando debe asumir la indemnización del art. 247. 6) Que las circunstancias propias de la causa abonan la tesis que estamos enarbolando, consumando el palpable escenario de “inconstitucionalidad en el caso concreto”, por inobservancia del valor “justicia” en la resolución judicial a adoptar. Las constancias de la causa, permiten comprobar que la “patronal” no es una empresa de gran dimensión (ni económica ni productivamente), pues es sólo una profesional independiente que desde el primer día del contrato de trabajo (hace más de 23 años) se ha enmarcado en la ley laboral teniendo como única empleada con relación de dependencia a la hoy actora. Además, esta “patronal”, antes de la extinción contractual, ya había aportado durante más de diez (10) meses —por decisión del legislador— una prestación económica de naturaleza propia de la seguridad jurídica como es haber cancelado las remuneraciones de la

trabajadora en la licencia paga por enfermedad inculpable (art. 208, LCT).

Es decir, desde la axiología constitucional reflejada en el Preámbulo de nuestra Carta Magna (“asegurar la justicia”), una decisión jurisdiccional mal podría hacer caer en espaldas de esa empleadora cumplidora de la ley, las consecuencias reglamentarias de una norma que adolece de serias deficiencias instrumentales a la hora de tarifar la indemnización debida, tal como se ha reflejado precedentemente. Por lo tanto, corresponde repeler —por verse vulnerada la razonabilidad exigida en nuestra C.N.— la reglamentación establecida en el artículo 212, 4° párrafo en cuanto establece “reenvío legislativo” al art. 245. En consecuencia, por mandato constitucional y ejerciendo el escrutinio judicial del proceso reglamentario, incumbe “recalcular” la indemnización establecida en el citado artículo 212, 4° párrafo según el precepto establecido en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, que es la “tabula general” con la cual el legislador ha resarcido —dentro del propio cuerpo legal— todos aquellos supuestos de extinción contractual en los que el actuar patronal sea ajeno a su generación. Más claramente: corresponde a la accionada pagar a la actora la indemnización por incapacidad absoluta (art. 254, LCT), calculando la misma según el art. 247, L.C.T., tomando como base salarial la denunciada en la demanda, la que no ha sido desvirtuada por la empleadora y ha quedado claramente expuesta por la Pericia Contable realizada en la causa.

V. Que al elaborar estas reflexiones y asumir mi resolución no he desconocido la doctrina de antaño elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una actuación, se presenta como el último remedio a fin de valorar los actos u omisiones estatales, debiendo tal proceder, ser interpretado y valorado de manera restrictiva, por constituir un caso de gravedad institucional.

No obstante, convencido sostengo que las inconstitucionalidades son “heridas” que laceran y lesionan el sistema jurídico; son infracciones que los poderes del Estado no han podido resolver en tiempo y en forma, y que, de permanecer presentes en el sistema, perturban la vida cotidiana de los ciudadanos y finalmente la salud social de la comunidad toda. Frente a ello, los jueces tenemos el deber de examinar las leyes, decretos y resoluciones que en los casos concretos se nos traen a decisión, para averiguar si guardan o no conformidad con la Constitución Nacional y, en este último supuesto, abstenernos de aplicarlas (arts. 31, 75 inc. 22, CN), pues nos cabe la responsabilidad política de resguardar los derechos de los ciudadanos que se respaldan en nuestra Constitución, los que no pueden verse vedados, obstruidos o perturbados por arbitrarias o irrazonables intromisiones estatales. En conclusión: de acuerdo al planteo conceptual realizado, el análisis de las constancias de autos, la doctrina y la jurisprudencia citada y las normas constitucionales invocadas juzgo inexcusable la declaración de inconstitucionalidad del art. 212, 4° párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto a su remisión al artículo 245 del mismo cuerpo legal.

2ª cuestión. — El doctor *Salomón* dijo:

Por el tratamiento dado en la primera cuestión propongo declarar la inconstitucionalidad del art. 212, 4° párrafo de la LCT. Igualmente, postulo hacer lugar a la demanda incoada por N. B. G. en contra de S. C. T., según los considerandos respectivos, con costas a la vencedora. Los rubros que estimo procedentes deberán

ser incrementados, desde que son debidos hasta su efectivo pago, aplicando para ello la tasa pasiva que publica el BCRA más un interés del 2 % ciento mensual, criterio elaborado por el Alto Cuerpo Provincial en pacífica y sostenida doctrina que comparto, y que fuera reflejada en autos “Hernández, Juan Carlos c. Matricaria Austral”, Sentencia 39 del año 2002 y ratificada en diferentes posteriores pronunciamientos. La cuantificación final deberá ser elaborada bajo el procedimiento establecido en el art. 812 y cc del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación por remisión del art. 84, CPT, haciendo saber al condenado que deberá abonarlo en el término de diez días de notificado la resolución final bajo apercibimiento de ejecución forzosa. De acuerdo a lo reglado en la ley 9459 y sus modificaciones, corresponde diferir la regulación de los honorarios profesionales de los abogados actuantes para cuando exista base económica fija y exigible (art. 26) De acuerdo a lo establecido en la ley 9459, la regulación definitiva de honorarios se difiere para cuando se verifique base económica fija y actualizada (art. 26). Para ese entonces y de acuerdo a lo preceptuado en los arts. 31, 36, 39 y cc. se determina el porcentaje de cuantificación de los honorarios profesionales será el 20 % de la escala establecida en el art. 36 para cada una de las partes. Transitoriamente, y bajo lo preceptuado por el art. 27 se procede a la regulación provisoria de honorarios la que se estipula en la suma equivalente a veinte (20) *Jus* para cada uno de los letrados actuantes, según las partes, haciendo saber que la presente regulación integra y conforma la regulación definitiva a la que se arribe cuando haya monto líquido. Habiendo los peritos oficiales realizado su tarea específica, corresponde regular sus honorarios los que ascienden a la suma equivalente a doce (12) *Jus* (art. 49) para cada uno de ellos, monto que deberá calcularse a la fecha de su efectivo pago. Verificándose que las partes no han cumplimentado con el pago de tasa de justicia y aportes de ley, debe intimarse a su cancelación. Finalmente, se deja constancia que se ha valorado la totalidad de la prueba colecta en autos, y que solo se ha reflejado aquella dirimente para el conflicto en estudio (art. 327, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Este es el sentido y temperamento del voto que postulo para la sentencia, haciendo saber que se ha obviado el precepto del art. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación por no ser el mismo un requisito de legalidad intrínseca.

Por las razones dadas y las normas legales citadas, se resuelve: 1) Declarar la inconstitucionalidad del art. 212, 4° párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto a su remisión al artículo 245 del mismo cuerpo legal. 2) Hacer lugar a la demanda interpuesta por N. B. G. en contra de S. C. T. por el reclamo de diferencias adeudadas (vacaciones 2012 y 2013) y la exigencia de pago indemnizatorio por la extinción del contrato de trabajo (con aplicación del art. 247 de la L.C.T.), según los considerandos respectivos, imponiendo las costas a la vencedora. 3) Diferir la regulación definitiva de los honorarios profesionales de los abogados actuantes para cuando exista base económica fija y exigible (art. 26, ley 9459) a cuyo fin se dejan expresadas las pautas de tal formulación. 4) Regular de manera provisional los honorarios de los profesionales actuantes, los que se fijan en veinte (20) *Jus* para los letrados actuantes por parte, en conjunto y proporción de ley en el caso que corresponda, monto que debe entenderse integrativo de la regulación definitiva, a cuyo fin se los invita a que expresen su condición tributaria (art. 27). 5) Regular los honorarios profesionales del Dr. M. C. y del Cr. A. C. los que ascienden a la suma equivalente a doce (12) *Jus* para cada uno de ellos. 5) Intimar al pago de tasa de justicia y aportes de ley, bajo apercibimiento de certificación dicha deuda. Protocolícese y hágase saber. — *Marcelo J. Salomón*.

THOMSON REUTERS
LA LEY

► LANZAMIENTO

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES COMENTADA

Ricardo A. Nissen



Conozca las
**modificaciones
realizadas en la Ley
19.550** por el Código
Civil y Comercial
de la Nación

VERSIÓN:
eBook
eBook + 3 tomos
Encuadernación de lujo

- Se analiza de manera clara y práctica cada artículo de la normativa.
- El autor brinda su visión sobre cada tema, e incluye doctrina y la jurisprudencia más relevante, logrando nuevamente que la obra sea la más completa en la materia.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam •  +LaleyArgentina