

El Principio Protectorio y El Proceso en Los Tiempos Actuales

SUMARIO: I. Procedimiento laboral y principios del Derecho del Trabajo / II. Estado actual del principio protectorio / III. Sustracción a la Justicia laboral de las contiendas laborales / IV. Principio protectorio, realidad social y la ley 18.345 / V. Conclusiones.

I. Procedimiento laboral y principios del Derecho del Trabajo

El nacimiento del procedimiento específico laboral, respondió a la necesidad de dejar de lado los postulados en que se sustentaba el Derecho Procesal Civil, de modo de asegurar al litigante económicamente más débil, el acceso a la justicia en paridad de condiciones con la contraparte más fuerte.

Se procuraba superar el contrasentido de que mientras el derecho sustantivo laboral creaba un sistema jurídico de excepción a favor del trabajador subordinado, el derecho procesal permanecía estacionario, inalterado sustentado en principios propios del sistema individualista de derecho común, neutralizando de tal forma las conquistas consagradas por el Derecho del Trabajo (1).

El procedimiento laboral no es un fin en sí mismo sino que debe ser vehículo del derecho sustancial, de su finalidad social, por lo tanto debe estar dotado de normas acordes con los fundamentos, principios y particularidades del Derecho del Trabajo, en especial su carácter protector. El proceso laboral actúa en una situación de medio a fin. Por lo tanto en la interpretación de las normas procesales no debe perderse de vista que el derecho procesal no vale por sí mismo, sino en la medida que sirve a la actuación del derecho de fondo (2).

Mientras que en el Derecho Procesal Civil rige el principio "de la igualdad de las partes en Derecho Procesal del Trabajo, como expresión del principio protectorio rige la igualdad por compensación o de la desigualdad compensada por otra desigualdad (3).

De no cumplirse estas premisas, el proceso implicaría el desbaratamiento de los derechos, que la legislación de fondo consagra (4).

Los principios del Derecho del Trabajo, en especial el protectorio, de primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y continuidad del vínculo laboral, deben ser reivindicados tanto al debatirse la vigencia de los beneficios conferidos por las normas sustantivas, como por las procesales. Debe existir sincronía entre el procedimiento y los principios generales del Derecho del Trabajo.

Lo expuesto está consagrado, entre otras normas en el art. 11 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976-238), que remite a los Principios Generales del Derecho del Trabajo como método de interpretación y aplicación de la ley.

II. Estado actual del principio protectorio

Las leyes que se vienen dictando en los últimos años no se inspiran ya en el principio protectorio, sino en otros conceptos, ajenos a nuestra disciplina: los costos, la competitividad, la supervivencia de las empresas en el marco de la apertura económica.

Las decisiones económicas son rígidas. A ellas se deben flexibilizar "adaptar" acriticamente las normas laborales.

Se tiende a una civilización del Derecho del Trabajo, una igualación de las partes, relegando al principio protectorio a un nivel secundario.

Como señala Fernández Madrid el Estado en vez de defender a los trabajadores "... pasa a protegerse de ellos y de proteger a los asalariados a proteger a los empresarios y a garantizar sus inversiones anteponiendo esta garantía a la tutela de los derechos humanos trascendentales. El desbaratamiento de esos derechos para ser el signo de la hora en la legislación y en la jurisprudencia pese a que muchas veces se declame lo contrario... consagrar el posibilismo y la prevalencia del empresario en la relación con el trabajador implica no solamente una injusticia sino una violación del mandato constitucional, que garantiza que el trabajo gozará de la protección de las leyes en sus diversas formas (art. 14 bis)... No se trata de que el derecho laboral deba adecuarse progresivamente a la realidad que impone el funcionamiento de hecho de las relaciones laborales en un contexto recesivo y de desempleo, pues ello no significa otra cosa que legitimar el abuso de derecho y consagrar legislativamente la injusticia" (5).

Científicamente, no se ha demostrado que hayan cambiado las condiciones materiales en que se desarrolla la relación laboral, y que dieron origen a esta rama autónoma del ordenamiento jurídico. El principio protectorio sigue corroborado por la realidad. La base empírica no solamente no cambió desde el momento en que se formuló el principio protectorio y se integró al plexo jurídico laboral, sino que las condiciones que lo originaron se deterioraron de tal manera que la desprotección, la explotación y las condiciones de acceso y perduración en el trabajo se acentuaron de manera dramática para aquellos que enajenan su fuerza de trabajo (6).

La subordinación del principio protectorio al llamado Orden Público Económico, justifica la violación de la autonomía colectiva. Al mismo tiempo la negociación colectiva es ponderada como panacea de la regulación del nuevo "Modelo Laboral de Mercado".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en Soengas y acentuadamente en Cocchia (DT, 1990-B, 2305; 1994-A, 684) admite que un simple decreto de desregulación de la actividad portuaria y del transporte, es eficaz para privar de efectos a los convenios colectivos de trabajo (7).

El Estado también interviene coactivamente sobre la negociación colectiva limitando su libre desenvolvimiento, imponiéndole contenidos de negociación y requisitos de homologación, restringiendo la libertad de los cocontratantes. (Arts. 24, 25, ley 24.013, decs. 1334/91, 470/993, 2184/90 -DT, 1991-B, 2333; 1673; 1993-A, 520; 1990-B, 2367-).

Paralelamente se promociona la negociación colectiva, insistiendo en sustituir la tutela legal por la convencional, determinando que instituciones claves del contrato de trabajo, que hasta el presente estaban protegidos por la ley, son derivados a la negociación colectiva, a simples acuerdos de empresa, o aún en el plano individual. Bajo un ropaje de pseudodemocratización de las relaciones de trabajo, se propugna la negociación a la baja de derechos adquiridos, aprovechando la debilidad negocial del sector obrero (8).

El Estado se retira, se convierte en un "árbitro desinteresado". Es la vuelta al librecontractualismo, de los orígenes de la revolución industrial.

Se incumple el mandato constitucional del art. 14 bis que prescribe que "el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes ...", a menos que se suponga que no es al Poder Ejecutivo o al Legislativo, a quien se dirige la prescripción constitucional.

A una concepción protectoria del Derecho del Trabajo se le opone una contra teoría de orden economicista, mera traducción jurídica de intereses empresariales. La creación y aplicación del Derecho termina en un enfoque económico (9).

Los jueces son influenciados de este clima social adverso a los trabajadores. De forma que muchas veces se aplican a las causas en trámite, criterios que informan los proyectos legislativos. Otras veces cierta jurisprudencia adelanta interpretaciones desprotectorias, que legitiman los proyectos de ley regresivos (vg. caso CS, "Rodríguez c. Compañía Embotelladora" -DT, 1993-A, 754- como antecedente de la reforma del art. 30, ley de contrato de trabajo).

En otras situaciones se produce un avance desde el Poder y los Medios, pretendiendo cercenar las facultades jurisdiccionales, criticando vulgarmente decisiones judiciales independientes. Esto tiene un antecedente destacado en la campaña orquestada por sectores de poder respecto a la res. 4/94 del 8/3/94 de la CNTrab. (DT, 1994-A, 516), que decidió la inaplicabilidad de la ley 24.283 a los créditos laborales (DT, 1994-A, 52), llevando a diputados oficialistas a reclamar el juicio político de la Cámara Nacional de apelaciones del Trabajo. Si bien éste fue rechazado, los términos en que se expidió la Comisión de Juicio político de la HCD, cuestionando el criterio de interpretación de la Cámara Nacional de

Apelaciones del Trabajo, constituyeron una peligrosa injerencia, en la esfera de acción propia del Poder Judicial.

III. Sustracción a la Justicia laboral de las contiendas laborales

Como parte de esta orientación economicista se intenta disolver y restringir la actuación de la Justicia del Trabajo, buscando diluir su larga elaboración jurisprudencial. También se perfila una definida tendencia a limitar el acceso de los trabajadores a la Justicia laboral.

Los caminos son diversos: Mediaciones privadas, comisiones administrativas, "arbitrajes privados" o "juzgados de menor cuantía".

También la concesión de excesivas atribuciones jurisdiccionales a la Administración de Trabajo, conlleva a la desnaturalización del sistema republicano de división de poderes.

Deliberadamente se omite la falta de garantías que tiene el trabajador en esas instancias.

La restricción de acceso a la Justicia y el desdibujamiento del fuero especializado se expresa en:

3.1. El Acuerdo Marco suscripto por el gobierno, con los centrales empresarias dominantes y la Confederación General del Trabajo (CGT), en los que se consensúan "reformas a las normas procesales del trabajo, que contemplen incentivos especiales para quienes cierren los conflictos en las instancias mediadoras y otorgamiento de un trato fiscal favorable a los acuerdos privados que, con participación de los sindicatos con personería gremial o de la autoridad de aplicación, pongan fin a los conflictos". La Confederación General del Trabajo suscribe viejas aspiraciones del empresariado también en el aspecto procesal (10).

3.2. La Ley 24.028 (DT, 1991-B, 2352) tanto al otorgar valor de cosa juzgada a la conciliación administrativa, (facilitadora de todo tipo de fraudes y abusos de las víctimas de infortunios) como por obligar a dirimir la causas fundadas en el derecho civil ante la Justicia Civil. (Imponiéndose tal criterio a las Provincias a través del Pacto fiscal).

Demostración elocuente es la res. 1040/94 del MTSS (B.O. 15/9/94 -DT, 1994-B, 2053-) que faculta a la Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo dependiente de la

Subsecretaría de Relaciones Laborales a homologar los acuerdos conciliatorios que las partes presenten espontáneamente, con sujeción a las condiciones previstas en el art. 13, puntos 4 y 5 de la ley 24.028.

3.3. Proyecto de ley de concursos que sustrae la etapa de conocimiento del proceso laboral de la empresa concursada, derivándola al juez comercial del concurso. En efecto se propone derogar el art. 265 de la ley de contrato de trabajo, lo que aceptado por la Confederación General del Trabajo en el punto 12 del acuerdo marco suscripto con el gobierno y las cámaras empresarias más importantes. Hasta hemos escuchado como sustento a este retroceso histórico, que tal normativa aparejaría mayor celeridad en el cobro de los créditos laborales en el concurso, como si actualmente el vigente proceso de verificación o pedido de pronto pago ante el fuero comercial fuera un "camino de rosas".

3.4. Eliminación de la vía judicial para reclamar por los daños por accidentes y enfermedades del trabajo a través de la proyectada derogación de la ley 24.028 y su sustitución por la ley sobre riesgos del trabajo (LRT) o normativa similar. En dicho proyecto se discrimina inconstitucionalmente al trabajador accidentado, quien sólo puede reclamar el resarcimiento integral que el derecho civil brinda a todos los habitantes, para los supuestos de dolo del empleador (art. 1072, Cód. Civil).

3.5. La unificación del proceso laboral con el Civil y Comercial en el proyecto de nuevo código elaborado y dado a publicidad por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia durante la gestión del doctor Jorge L. Maiorano donde se constatan sustanciales modificaciones a los criterios propios del Procedimiento laboral:

3.5.1. Dicen los autores del proyecto en la exposición de motivos "que la adopción del sistema oral con instancia de oficio en la respectiva etapa hace innecesario un procedimiento especial en materia laboral".

En principio es plausible la incorporación de la oralidad. Sin embargo se retrocede 50 años, al desaparecer el específico proceso laboral lo que lleva desnaturalizar los principios especiales del Derecho del Trabajo, y las particularidades del conflicto laboral. Se civiliza el procedimiento laboral olvidando los supuestos de desigualdad material que lo originaron.

3.5.2. En la demanda hay que acompañar la prueba documental y ofrecer la restante prueba, colocando en ventaja a la parte demandada que visualiza con anticipación los medios probatorios del reclamante. Es lo criticable de la ley provincial 7718 (t.o. 1993, DT, 1994-A, 391).

3.5.3. Se amplían las posibilidades de excepciones de previo y especial pronunciamiento.

3.5.4. Audiencia preliminar se conceden facultades excesivas de los jueces como la imposición de multas por no conciliar, facultad de las partes de formular preguntas recíprocas, inapropiadas en los conflictos de trabajo, por la desigualdad cultural de las partes.

3.5.5. Si el actor no comparece a la audiencia sin causa justificada, se lo tendrá por desistido del proceso y se le impondrán las costas. Si no lo hiciera el demandado para el caso que hubiera contestado la demanda, se limitará la recepción de pruebas a las del actor.

3.5.6. Arbitraje laboral: Se deriva la solución de conflictos con carácter de cosa juzgada a laudos dictados por tribunales arbitrales: constituidos por representantes del sindicato, empresarios y el Ministerio de Trabajo.

No existen las mínimas garantías del proceso judicial, con las reservas que nos traen estos tribunales administrativos compuestos por funcionarios sindicales empresariales y de la Administración, que no ostentan idoneidad y versación, para tutelar los derechos de los trabajadores.

El arbitraje laboral en los litigios individuales responde a otras tradiciones y culturas, conforme se expone más adelante.

3.5.7. Tribunales de pequeñas causas, abarcando las menores de 5.000 pesos, excluyendo la competencia del juez laboral.

3.5.8. Opera la caducidad de instancia, hasta la audiencia preliminar, no excluyendo de tal efecto al proceso laboral.

3.6. En el mes de agosto de 1994 se ha dado a conocer un anteproyecto ahora Proyecto de Reordenamiento Procesal para la Justicia Nacional, también proveniente del Ministerio de Justicia, pero en la gestión del ministro doctor Rodolfo Carlos Barra para "agilizar el procedimiento" hasta tanto se arbitren las soluciones estructurales para tornar viable la oralización del proceso, según se afirma en los fundamentos del proyecto.

Más allá de señalar la rapidez con que se suceden las propuestas de cambio, lo que presume improvisación, persisten las tendencias que venimos señalando.

3.6.1. Se acentúa una presión sobre los profesionales al hacerlos pasibles de sanciones disciplinarias por "temeridad y malicia" que los jueces obligadamente tienen que declarar en cada fallo, so pena de ser nula (arts. 1º, 2º, 3º del proyecto).

Es coincidente con la orientación de la proyectada modificación del art. 19 de la ley provincial 7718, que expresa: que cuando la demanda (laboral) sea rechazada se presumirá que la parte actora ha actuado con temeridad debiéndose declarar la responsabilidad solidaria entre mandatario y letrado patrocinante, frente al pago de las costas, cesando el beneficio de pobreza. El juez podrá eximirlo sólo en el caso que hallare mérito para ello.

Se tratan de presiones exorbitantes sobre los abogados, inhibiendo el libre ejercicio profesional, en especial el representante de la parte obrera. Se lo coloca

en el alea, de asumir una causa en el que sólo va a obtener retribución si triunfa y la obligada es solvente, o poner en juego su patrimonio, ante la promoción de cada nueva demanda. Es una evidente afectación al derecho constitucional de defensa en juicio, dirigido principalmente a disuadir e impedir, por un mecanismo legal más, que los trabajadores no reclamen cuando sus derechos son transgredidos.

3.6.2. Se instituye la "mediación con carácter obligatorio y previo a la iniciación de cualquier pleito", con inclusión (por lo menos en este proyecto) de los que tramitan ante la Justicia Nacional de Trabajo, criterio que no compartimos.

La desigualdad negocial y cultural entre trabajador y empleador impide un resultado, con mínimas garantías de equidad. Un abogado particular, por entrenado que esté no goza de la imparcialidad, idoneidad y contralor necesario, que brinda la Justicia (aun con sus dificultades). La instancia privada incentivará, arreglos injustos, que los trabajadores se ven obligados a aceptar, dado su estado de necesidad.

Se trata de fortalecer y mejorar la calidad de la administración de justicia, designando magistrados, independientes, idóneos y versados en la materia, no por privatizarla.

La crisis de la justicia no se superará dificultando el acceso a la misma. Se pasó de la trasgresión de las normas, a la dilación en su cumplimiento a través del alargamiento interesado del proceso, para ahora eludir, el sometimiento a la Justicia. El proceso judicial aún con sus defectos, ofrece garantías a través de los sucesivos controles, que no brinda la mediación privada.

¿Por qué va a tener éxito la obligada mediación privada sin las garantías del debido proceso que tiene la instancia jurisdiccional?

Cabe preguntarse ¿cuáles son los antecedentes para que estos mecanismos sean válidos para las causas laborales?

Las formas privadas de solución de conflictos laborales individuales carece de antecedentes. En América Latina, y una amplia mayoría de países de Europa, África y Asia se confiere la solución de los litigios laborales individuales a un tribunal especializado.

Sólo en EE.UU. y Canadá rigen parecidos arbitrajes privados, obedeciendo a tradiciones culturales y de derecho muy diferentes. En nuestro país la fuente principal es la ley, en EE.UU. y Canadá lo son el "Common Law" y el convenio colectivo de trabajo. En esos países el árbitro no aplica la ley, sino sólo el convenio colectivo.

Afirma Arturo Bronstein que a diferencia de la jurisdicción laboral que es competente para conocer en todo tipo de procedimientos relacionados con la

ejecución y extinción del contrato de trabajo, el arbitraje sólo resuelve las cuestiones que el convenio colectivo ha puesto bajo su jurisdicción. Por ello en EE.UU. la competencia del árbitro se extiende a los trabajadores y empleadores expresamente incluidos en un convenio colectivo (11).

Hoy día las dos terceras partes de los asalariados de ese país están fuera de los convenios colectivos, de tal forma que sus reclamos son juzgables por la Jurisdicción de derecho común. No existe justicia laboral, aumentando el número de litigios laborales que se someten a tribunales ordinarios. Si no hay laudo arbitral o no está comprendido en un convenio, el trabajador debe recurrir a la jurisdicción común, no especializada, costosa y lenta (12).

A diferencia del procedimiento judicial, donde el principio es la gratuidad para el trabajador, en América del Norte, los árbitros son designados y remunerados por partes iguales por las empresas y los poderosos sindicatos americanos.

En el Reino Unido cuyo derecho presenta afinidades con el americano, se instituyeron tribunales laborales recién en 1965, para aplicar solamente una ley sobre formación profesional. Sin embargo la competencia de dichos órganos se ha ampliado considerablemente a todos los temas, al punto que hoy constituyen la principal jurisdicción laboral del aquel país.

La bibliografía nacional y las experiencias piloto sobre mediación se limitan al ámbito civil, a conflictos de familia o comerciales, donde la igualdad cultural, de información y económica de las partes, determina que el diálogo que el mediador propone, será igualmente comprendido.

¿Puede suponerse que existe esa igualdad de comprensión entre un gerente de personal con experiencia y capacitación (inclusive universitaria), y el trabajador, que sufre un accidente o es despedido?

La instancia conciliatoria en el ámbito del Ministerio de Trabajo, que posee alguna similitud, ha demostrado su ineficacia. Es la vía más frecuente para cerrar rápidos acuerdos, que desbaratan derechos legales, que el trabajador es inducido a aceptar por ignorancia y/o necesidad.

La celeridad es un valor primordial, pero tiene que ir unido a la equidad y la tutela estatal de los más débiles. Esta privatización de la justicia, se postula en un contexto de desprotección laboral, de restricción al acceso a la justicia, al libre ejercicio profesional y al derecho constitucional de defensa en juicio. No puede segregarse el análisis de la mediación del proyecto desde el cual es propuesto.

El procedimiento laboral tiene un diseño (perfectible) que ya estimula el acercamiento de las partes, porque en la primera audiencia están obligadas a comparecer con sus abogados e intentar una conciliación. Pero es insustituible un tercero con autoridad, versación, especialidad y control de órganos superiores. Es el juez, que debe garantizar el cumplimiento, de las leyes protectorias del trabajo.

El valor supremo no es la "transacción", que implica para la víctima de un infortunio o un despido, la renuncia parcial de lo que la ley manda reparar.

Las estadísticas oficiales informan un bajo índice de conciliación con el consiguiente recargo de causas que duran años. Ello no obedece a una especial incapacidad de los funcionarios judiciales, sino a la orientación legislativa y el viraje jurisprudencial, que favorece el alargamiento de los pleitos.

Los expertos en mediación opinan que debe ser voluntaria y el mediador elegido por las partes. El proyecto la impone, sorteándolo de una lista previamente confeccionada por el Ministerio de Justicia.

¿Quiénes serán los mediadores? ¿Quiénes los seleccionarán? ¿Con qué criterios?

Al eludirse los recaudos constitucionales para la designación de jueces, confiriéndole al mediador una autoridad que para el trabajador resultará equivalente, se inducen resultados disvaliosos, para quien está en inferioridad de condiciones. La recesión y el desempleo constituyen una regla coactiva, no escrita pero eficaz, que no debe incentivarse.

Según el proyecto el mediador cobrará una retribución, que se duplica si consigue la transacción. Su interés profesional, podría ser, no de repartir equidad, sino acelerar la transacción para cobrar sus honorarios.

Creemos que el camino a transitar pasa por fortalecer la infraestructura judicial y mejorar la calidad del servicio de justicia, no por privatizarlo.

3.6.3. Se postula la institucionalización de juzgados con competencia exclusiva para entender en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, lo que induce a transformarlos en "Comisiones administrativas" permeables a las tendencias restrictivas, que campean en la reparación de los daños en la salud de los trabajadores.

3.6.4. Se insiste en la aplicación como tasa de interés para las liquidaciones judiciales las que fije semestralmente el Banco Central de República Argentina (BCRA), para todas las causas en trámite, salvo que "medie convenio de parte".

Se trasluce la orientación economicista, restringiendo las facultades judiciales conferidas por el art. 622 del C.C., contradiciendo la reciente doctrina de la Corte que deja librada la fijación de la tasa de interés al arbitrio de cada juez.

La utilización de tasas políticas como las que propone el proyecto no repara la privación del uso del capital propio del acreedor, y estimulan la litigiosidad. El deudor no se siente constreñido a cumplir en tiempo oportuno su obligación legal, por el contrario la dilación lo beneficia.

La desigualdad del tratamiento de las deudas tampoco es neutra. Se legitima la fijación de los intereses "convenidos por las partes" cuando es precisamente el supuesto de los créditos prendarios, hipotecarios, préstamos bancarios, tarjetas de créditos, etc., donde los deudores firman contratos de adhesión con tasas exorbitantes, impuestas por los acreedores. Esta situación obviamente no se da en el conflicto laboral, en la que el acreedor jamás podrá pactar con su empleador la tasa para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones a cargo.

La discriminación es evidente. Se protege al acreedor con capacidad negocial para imponer sus condiciones, condenando al acreedor laboral a las tasas políticas que fija el Banco Central de la República Argentina. La inequidad es notable. No rige "in dubio pro debilis" paradigma del derecho moderno, sino tan sólo la seguridad de la inversión financiera.

3.6.5. Se obliga a cada parte a "indicar el extremo que quieren probar con la declaración de cada testigo", lo que lleva a desnudar la táctica procesal frente a la contraria.

3.6.6. Se habilita a los escribanos a ejercer las funciones del Oficial Notificador, acentuando la desigualdad de medios económicos entre las partes.

3.6.7. Se crea un registro de incapacidades laborativas en el que se dejará constancia del grado de minusvalía que afecta a cada trabajador, discriminándolo en el recesivo mercado de empleo.

3.6.8. Se otorga carácter ejecutivo a los saldos adeudados por tarjetas de crédito en tanto las deudas salariales y otras laborales fácilmente comprobables, continúan con el largo trámite actual.

3.6.9. El proyecto determina la aplicación de estas reformas a las causas en trámite, incrementando la inseguridad jurídica y afectando derechos adquiridos

En definitiva, el proyecto de Reordenamiento Procesal trasunta una visión economicista, restringe el acceso a la justicia, soslayando la obligación estatal indelegable de garantizar una adecuada administración de Justicia.

IV. Principio protectorio, realidad social y la ley 18.345

El juicio laboral se ha convertido en una carrera de obstáculos cada vez más difíciles de superar para el trabajador y su letrado, desnaturalizándose la finalidad tutelar del derecho material.

Los factores que determinan esta patología son diversos. Nos interesa puntualizar, algunos derivados de la normativa, como de la praxis.

La ley 18.345 (DT, 1969-625) está sustentada principalmente en principios del derecho procesal civil y comercial que transforma en igualdad formal, lo que las leyes de fondo contemplan como situaciones desiguales.

Consustanciada con una supuesta igualdad de los litigantes, escasamente contempla las desigualdades materiales, jurídicas y culturales del mundo del trabajo. Ha sido trabajada en forma simétrica la teoría de la prueba, tanto en su apreciación como en su valoración, sin rastro alguno de una prelación jurídica procesal del trabajador, ni del mandato de cautela en la denegación de beneficios, ni de tutela de indemnidad de los créditos del trabajador. No hay protección del imperium de las sentencias condenatorias de contenido alimentario. No contempla la amplitud en la concesión de medidas cautelares y preliminares (13).

4.1. Estas falencias pueden ser cuanto menos paliadas por el desempeño de un rol activo del juez en su condición de director del proceso, en especial en etapas claves como la apertura a prueba, declaraciones de puro derecho, activación de la prueba. Debe insistirse en la concentración procesal tan olvidada.

El propio artículo 80 de la ley 18.345 otorga amplias facultades para dirigir el procedimiento, llegar al esclarecimiento de la verdad de los hechos ejercitándose las facultades inquisitivas del juez laboral.

Constituye una legítima aspiración que los jueces recepen la prueba en forma personal y directa valorando no sólo lo que leen sino en lo que escucharon y vieron y sintieron ante la presencia de partes, testigos y peritos.

El éxito de cualquier sistema procesal depende de la idoneidad, versación y vocación de los magistrados.

La excesiva delegación de funciones, desnaturaliza la noción de juez natural. El extremo negativo de esta práctica, son los llamados juzgados de sentencia en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, cuyos titulares deben sentenciar sobre expedientes cuya prueba tramitó ante otro juez.

4.2. "In dubio" en la valoración de la prueba

Como corolario de la vigencia plena del principio protectorio la regla "in dubio pro operario" rige también en la apreciación de la prueba. Esto no significa la ausencia de pruebas y su reemplazo por el principio, sino la vigencia del mismo en la apreciación de los hechos y en la valoración conjunta de la traída a la causa.

Como señala el maestro Plá Rodríguez, las mismas razones de desigualdad compensatoria que dieron origen a la aplicación de este principio, justifican que se extiendan al análisis de los hechos, ya que, el trabajador tiene mayor dificultad que el empleador, para probar ciertos hechos o aportar datos u obtener informes o documentos (14).

Aun cuando la reforma de facto, dec. Ley 21.297 (DT, 1976-168), suprimió del art. 9 de la ley de contrato de trabajo, la mención del "in dubio pro operario" en la apreciación de la prueba, creemos que igual sigue subsistente este criterio por cuanto el art. 11 del mismo plexo normativo, remite como criterio de interpretación y aplicación de la ley a los principios generales del derecho del trabajo. Como dentro de estos, el liminar es el protectorio que se expresa, en primer término en la regla "in dubio pro operario", al no efectuar el art. 11 discriminación alguna entre la circunstancias jurídicas o fácticas, cabe concluir la aplicación integral del principio (15).

4.3. Principio protectorio y valoración de la testimonial

Dentro de los criterios de apreciación y valoración de la prueba que no contemplan la realidad social del mundo del trabajo, se encuentra el análisis de la testimonial.

La desvalorización del testigo con juicio pendiente desconoce la realidad del mundo del trabajo. En especial las dificultades que tiene el actor en obtener la testimonial de sus compañeros de trabajo que persisten en el establecimiento, ya que al concurrir al declarar corren el riesgo de perder el puesto. Esto lleva normalmente a recurrir a quienes han egresado, muchos de los cuales tienen juicios contra el empleador.

En cambio no se da igual criterio peyorativo respecto al testigo propuesto por la parte demandada que, prestando servicios en la empresa, al tiempo de deponer, goza no sólo de la seguridad que ello implica, sino que lo hace, bajo la presión - real o supuesta- de jugar su estabilidad en el empleo, según el tenor de sus expresiones. Los dichos de estos testigos deben apreciarse con mayor severidad y rigor crítico (16).

La mención de la sana crítica como factor de apreciación de la declaración testimonial nos lleva a sostener que tal premisa debe ser vinculada con el principio tuitivo, esencial en nuestra materia.

También nos merece observación la creciente falta de credibilidad de la prueba testimonial, y la jerarquización de la pericial en desmedro de aquélla. Se omite que los dictámenes se producen mucho después de acontecidos los hechos, alejados los reclamantes del ámbito de trabajo, con dificultad material de la parte actora para controlar la actuación de los peritos, quienes toman contacto directo con la organización empresarial.

Estas circunstancias llegan a un extremo, en la admisión dogmática de los dictámenes del Cuerpo Médico Forense por el solo hecho de que lo firmen dos médicos, cuando en la práctica sólo uno lo examina, adhiriendo el restante. Sus dictámenes reflejan marcadas tendencias restrictivas, negatorias de incapacidades. Se jerarquizan sus informes en desmedro de otras probanzas, en especial en lo referente a la relación causal, cuando no ostentan la especialidad

que la materia requiere. Es un órgano que fue creado y principalmente atiende al fuero penal.

Es necesaria la recurrencia a otros servicios especializados, o a peritos "terceros", que gocen de idoneidad, versación, especialidad e imparcialidad.

4.4. Principio protectorio y las cargas probatorias

Una posición tradicional sostiene que la carga probatoria recae en quien invoca un hecho a menos que el legislador haya determinado presunciones, que suponen una inversión de la carga de la prueba.

Si media igualdad entre las partes parece ser lo justo y equitativo que corresponda al actor probar su afirmación y al demandado su negativa. Pero si la realidad pone de manifiesto que tal igualdad no existe, es meramente formal, la carga de la prueba no puede hacerse sin hacer distinciones. Corresponderá mayores cargas a quien dispone de mayores posibilidades en orden a la posesión de los medios idóneos de pruebas. En el derecho procesal del trabajo el procedimiento lógico de corregir desigualdades, es crear otras desigualdades (17).

Esto se funda 1) en la desigualdad básica de las partes; 2) la natural disponibilidad de medios de prueba que goza el empleador y que contrasta con las dificultades del trabajador (18).

Mientras en el proceso civil las partes están iguales en la producción de prueba, en el ámbito laboral es notoria la inferioridad del trabajador. El trabajador se encuentra también en el proceso con verdaderas trabas, debilidades y dificultades probatorias, que operan como "reglas coactivas no escritas", pero muy eficaces, donde la igualdad de las partes, una vez más, se convierte en una ficción.

Entre otras mencionaremos: Asesoramiento jurídico antes del proceso.
Consultores técnicos.

Necesidad de testimonios de otros trabajadores sometidos al mismo empleador, cohibiendo la libertad de sus declaraciones. Dificultades de notificación en alejados domicilios, falta de dinero para el viaje; pérdidas de premios por ausencias.

Descalificación de los testimonios de los que tienen juicio pendiente

La prueba documental más segura, raramente puede ser presentada por el trabajador, no tiene medios de exigir comprobantes, mientras que la empresa cuenta con organización personal y contable.

La práctica indica que el trabajador desconoce datos más elementales de las condiciones que presta servicios, cálculo de salarios, monto de descuentos, números de horas extras.

Pericias técnicas muy posteriores al acaecimiento de los hechos, con la posibilidad del principal de modificar las condiciones.

Los antecedentes médicos están en poder del empleador, sin que el actor tenga conocimiento de su contenido.

La mayoría de las pruebas está en manos de la empleadora, produciéndose una evidente relación de inferioridad probatoria.

Como expresión del principio protectorio deben cobrar relieve las presunciones judiciales para nivelar, sortear estas desigualdades sociales, económicas de las partes, que es evidente subsisten en el curso del proceso.

En responsabilidad médica, para evitar que en el juego de la prueba el paciente víctima de una mala praxis quede desprotegido, se vienen abriendo distintos caminos que tienden a aligerar esa difícil carga. En coincidencia con la tendencia del moderno derecho civil de daños del favor para la víctima. Se trata de las llamadas cargas probatorias dinámicas (19).

V. Conclusiones

A modo de síntesis final como expresión del principio protectorio, el sustancial mejoramiento y reforma del servicio de justicia laboral se tendría que sustentar en:

Plena vigencia de una justicia especializada para resolver todos los conflictos de trabajo, donde una correcta selección de los magistrados es fundamental.

Completa revisabilidad judicial de las decisiones de la autoridad administrativa.

Inaplicabilidad a los litigios individuales de trabajo de los arbitrajes y mediaciones privadas.

Irrenunciabilidad de derechos privando de eficacia a las prácticas que el derecho sustancial les quita validez como expresión de la libre voluntad de los trabajadores.

Activismo judicial. Protagonismo del juez en el proceso

Ejercicio de las facultades del juez laboral en la dirección, control e instrucción del proceso. Actividad e impulso de oficio.

Procedimiento oral es preferible:

La oralidad es más ventajosa al posibilitar la concentración y la inmediación, hay mayor identidad con el derecho laboral

Pero conformarse con jueces especializados en la materia, versados, concientes y compenetrados con la actividad jurisdiccional, adecuada infraestructura y presupuesto y debida registraci3n de la prueba oral.

El interrogante que cabe reflexionar en relaci3n a la Capital Federal, es si se opta por: ¿Tribunales colegiados de instancia 3nica con v3a recursiva restringida? o ¿Tribunales unipersonales orales con v3a recursiva menos restringida? (20).
Gratuidad integral.

Valoraci3n de la prueba conforme a la realidad social en que se desenvuelve el proceso.

Vigencia del principio del "in dubio pro operario" en la valoraci3n de la prueba.
Amplitud en la conces3n de medidas precautorias y diligencias preliminares.
Jerarquizaci3n del instituto de la conciliaci3n.

Intangibilidad del valor adquisitivo y debida tutela del cr3dito alimentario del trabajador.

(*) Articulo preparado en base a exposici3n desarrollada el 6/8/94 en Curso sobre Procedimiento Laboral organizado por la Asociaci3n Argentina de Derecho del Trabajo.

(1) BABIO, Alejandro Oscar, "Derecho Procesal del Trabajo", p. 2.

(2) PASTOR, Juan Carlos, "La labor del juez frente a las lagunas del Derecho Procesal de Trabajo, DL T. 26, p. 257.

(3) BABIO, Alejandro Oscar, op. citada, p. 23.

(4) DE VIRGILIIS, M. A., afirma que: "El orden procesal no es otra cosa que un c3mulo de normas y principios de procedimiento aptos para poner en movimiento los derechos reconocidos por las leyes de fondo y por lo tanto, para cumplir adecuadamente su misi3n, debe adaptarse a su derecho reglado. es decir el orden material; y por ello debe estar imbuido de los esenciales y definidores principios que 3sta posee. Por mayor que fuera la protecci3n que el derecho de trabajo material otorgara al trabajo humano dependiente, su efecto resultaría nulo si esas mismas finalidades sociales no se establecieran en el proceso, o sea el campo donde aqu3llos deben efectivizarse. Dicho de otro modo, si los principios fundamentales del derecho del trabajo no son recogidos durante el proceso, de nada valdría la característica tuitiva de aqu3l, quedando constituida en un mero enunciado abstracto. El principio protectorio debe traducirse en una regla rectora,

porque la misma inferioridad propia del trabajador que las leyes de fondo reconocen, se produce en el momento de discutirse jurisdiccionalmente las reclamaciones laborales. Esa desigualdad del trabajador se refleja en el proceso, en la dificultad que tiene para acercar y producir la prueba de su razón, presupuesto para activar los beneficios que la ley material le otorga". Ponencia a la VII Jornadas Argentinas y Iras, del Sur Argentino de DT y SS.

(5) FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Ponencia al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, anales del citado congreso, p. 2 y siguientes.

(6) SVERDLICK, Arnaldo Lucio, Ponencia XII, Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Anales, t. I, p. 322.

(7) CS, 2/12/93, Cochia Jorge D. c. Estado Nacional y otro (DT 1994-A 681), mayo 1994.

(8) CARCAVALLO, expresa en forma transparente "que podemos definir la evolución en marcha como el paso del garantismo legal o individual al garantismo colectivo que posibilita hasta la reforma 'in peius' de normas legales" (Ponencia al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Anales, t. I, p. 25).

Cristalización efectiva de esta posición la verificamos en el convenio colectivo de trabajo 98/94 E, suscripto entre el SMATA y la firma General Motors S.A.

(9) SVERDLICK, Arnaldo Lucio, op. citada, p. 324, destaca que "Se afirma, aunque no siempre abiertamente, que el principio protectorio debe ser derogado, que el Derecho del Trabajo no merece la condición de disciplina jurídica independiente y que la mejor forma de asegurar el pleno empleo y la producción es el regreso al principio 'pacta sunt servanda' la vuelta al Cód. Civil del art. 1197 del Cód. Civil".

(10) Coincidiendo con una anterior ponencia de ALDAO ZAPIOLA, Carlos M. V. D.T 1994-A, 577 y un reciente estudio de Fiel, presentado en la 10ª Convención Anual de Bancos Privados, donde se cuestiona entre otros "el costo del fuero laboral y de la justicia en general, en un enfoque superficial al extremo que no parecen haber participado abogados en su confección y mucho menos los que transitan los tribunales. Como lo calificó el juez de instrucción Juan Carlos Cardinali", El trabajo de Fiel es poco fiel a la realidad", diario Ámbito Financiero, 1/9/94, ps. 20, 21).

(11) BRONSTEIN, Arturo, "Conflictos laborales individuales, Debate Laboral", Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo, año III, Nº 5, ps. 155/159.

(12) BRONSTEIN, op. citada en 11.

(13) ELFMAN, Mario, "Los principios del Derecho del Trabajo y el Derecho procesal del Trabajo", Ponencia en las Jornadas del 11 y 12 de noviembre 1991, Departamento de Derecho del Trabajo y Segunda Social. Facultad de Derecho UBA.

(14) PLA RODRIGUEZ, Américo, "Los Principios Generales del Derecho del Trabajo", p. 46.

(15) El "IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo", San Pablo 1972, estableció "que el carácter tuitivo ha de reflejarse en el Derecho Procesal del Trabajo en la medida en que apreciando la desigual posición del trabajador frente al empleador se aspire a lograr una igualación de las partes en el proceso". "El principio 'in dubio pro operario' incide en los procesos laborales cuando en el espíritu del juzgador no exista una convicción absoluta derivada de las pruebas sustanciadas".

(16) Jornadas en Defensa de la Justicia del trabajo, Buenos Aires, setiembre 1992. Convocadas por la Asociación de Abogados Laboralistas. Conclusión Panel III, postulada por KESSELMAN, Pedro. J.

(17) MIROLO y SOMARE, "Comentario a la ley procesal del trabajo de la Pcia. de Córdoba", Ed. Advocatus. Citado por Ricardo F. Segó, Doctrina Laboral, t. VIII, 654.

(18) PLA RODRIGUEZ, opinión citada, p. 47.

(19) Cobran relieve los indicios y presunciones de carácter judicial art. 163 del Cód. Procesal, inc. 5. Se elaboran reglas de la carga probatoria para que el juez cuente con ellas y sepa cuál de las partes ha de cargar, ha de sufrir las consecuencias negativas que provoca la falta de certidumbre sobre los hechos. La doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas para superar situaciones de prueba diabólica, producen un golpe de timón en las reglas de distribución de las

cargas probatorias. Son reglas de distribución de la carga de la prueba al colocarla en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Estas reglas asumen un carácter dinámico, no se atan a preceptos rígidos, sino que dependen de las circunstancias del caso concreto, las cargas no son más un sistema pétreo, pueden recaer descartando apriorismos en actor o demandado según las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.

(20) Un interesante aporte efectuó el doctor Miguel Ángel Maza en las Primeras Jornadas en Defensa de la Justicia del Trabajo donde analizó las ventajas de la oralidad aunque con tribunales unipersonales con doble instancia. "La única instancia de la Pcia. de Buenos Aires no es a nuestro juicio eficiente ni puede ser considerada de conveniencia. En primer lugar, como ya dijimos, no es cierto -al menos en la mayoría de los tribunales- que la colegiación conlleve al mutuo control ya que, más bien, lo que se advierte es división del trabajo donde los primeros votos de cuestiones comunes son muy raramente objeto de discusión. Ese control mutuo sólo permite detectar errores muy gruesos o funciona en temas altamente explosivos, pero no actúa en forma diaria y regular, sobre todo cuando el tribunal está sobrecargado de trabajo. Es natural que todo juez termine 'confiando' en el primer voto que se le presenta en temas poco importantes y, ante el enorme cúmulo de trabajo que lo atenaza, utilice su tiempo en sus propios primeros votos. Ni que hablar en aquellos tribunales donde impera una mala relación entre los vocales. Allí el control no es técnico, nadie se fija si realmente lo que el primer votante le atribuye al testigo es cierto o no, sino que se buscan los errores conceptuales para remarcarlos, se busca discrepar en las soluciones jurídicas, se pretende brillar con votos diferenciados, todo lo cual neutraliza la posibilidad de una buena administración de justicia. En segundo lugar, la experiencia y las estadísticas nos indican que las Cortes han generado doctrinas tendientes a permitir con amplitud la revisión judicial de las decisiones de los tribunales de instancia única (y con gran porcentaje de revocaciones aun por cuestiones de 'hecho y prueba'). El sistema, eso sí, funciona muy bien en aquellos tribunales con excelentes jueces lo que pone en claro la relevancia del cuidado en las designaciones, ya que todo sistema procesal sirve con buenas justiciantes. De todas maneras, instancia única y colegiación no son sinónimos. Puede instaurarse un sistema judicial de instancia única con jueces unipersonales, con instancia de revisión restringida".
