**I Seminário Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: Dilemas da “Globalização, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Acesso à Justiça**

**El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho.El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales.**

Por Diana Regina Cañal \*

**Introducción y noción de Paradigma**

                   El eje de esta ponencia es el rol del concepto de Paradigma en el tema que hoy nos convoca: los derechos humanos, el derecho del trabajo y el derecho procesal laboral, en el marco de la globalización.

                 Exprofeso hemos escogido formular los temas de la convocatoria en el orden precedente: por un lado, toda la cuestión jurídica, y por el otro la política. Dentro de la jurídica, los derechos humanos como concepto general, y el derecho laboral como particular, en sus dos vertientes, el sustantivo y el adjetivo (procesal). Ello, para brindar claridad a la finalidad que guía esta ponencia, sin olvidar por supuesto, que el derecho es hijo de la política, o más claro aún, de la fuerzas socio económicas, he ahí la globalización.

                 Clarificada la base de sustentación de esta presentación, cabe pasar al segundo punto, que es la clave sobre la cual se trabajará: el concepto de paradigma. Para eso, corresponde responder la pregunta de qué es un paradigma.

                  Primera y sencilla respuesta: los paradigmas no están en ningún otro lugar que no sea nuestra mente. Es una manera de modelizar, de esquematizar la realidad, en cualquiera de sus órdenes. Pero hay algo que distingue al paradigma del mero modelo, y es su capacidad de viralización (para usar un concepto muy de moda, que desde mucho antes empleamos sin saberlo para explicar el efecto de *Spes*  entre las personas), de migración interpretativa hacia otras áreas del conocimiento, y del hacer humanos.

                  Nos preguntamos entonces, ¿la manera en la que se explica algún fenómeno, por ejemplo astronómico, puede incidir en otros aspectos de la vida, como la economía o la política?. En efecto, puede hacerlo y, si tiene esa capacidad expansiva, entonces no es un mero modelo, estaremos ante un paradigma.

                   El ejemplo archiconocido nos lo brinda Thomas Kuhn[[1]](#footnote-1), cuando nos explica por qué decimos a veces que una nueva forma de entender una cuestión (cualquiera), constituye “un giro copernicano”. Paso a explicar.

                   Como dato del plano de la realidad, contamos con fenómenos físicos más o menos observables por la humanidad, como la propia tierra, la luna, el sol, venus, marte, etc, y sus movimientos. De modo inmemorial esto nos ha inquietado, preguntándonos ante la evidencia de ese último dato (el movimiento), cómo se producía y cuál era la relación entre los distintos elementos (la estrella y los planetas). La primera explicación de la que tenemos más noticia (porque hay otras, menos publicitadas), es la de que la tierra es el centro del sistema, que todos los elementos rotan sobre sí mismos, trasladándose el sol y el resto de los planetas en una elipse en torno de la tierra (Ptolomeo y Aristóteles, entre otros).

               Nos encontramos entonces  ante una teoría, que no responde solo a curiosidad, dado que  tiene por intención otorgarle a nuestro pensamiento un grado de predictibilidad a los fines prácticos, que nos permita organizar nuestro futuro en conjunto, socialmente. Modelizar para predecir, para organizar nuestros pasos.  Así fue que se comenzaron a realizar las cartas de navegación, formulándose cálculos en función de esta teoría geocéntrica, que permitían anticipar cuándo se produciría el próximo eclipse. Cosa muy útil, si uno es un navegante en el Egeo, un piélago rocoso y plagado de islas.

              Pero…la teoría no siempre funcionaba, y el armador quería matar a su cartógrafo, quien no había logrado predecir que en plena navegación nocturna, se le haría la obscuridad más absoluta, perdiendo carga y vidas (formulado, lamentablemente, en ese orden de intereses).

             He aquí un factor económico movilizando la necesidad de cambiar la forma en que se explica algún aspecto de la naturaleza. En el caso, la relación de nuestro planeta con los más cercanos, y con su estrella.

            El cartógrafo desesperado, hacía retoques en las cartas, pero los conflictos (enigmas para Kuhn), se seguían produciendo, viéndose el desdichado en la necesidad de agregar hipótesis *ad hoc*, ajenas a toda observación, en el intento de salvar, emparchando, la teoría.

           Por supuesto que algunos comenzaron a pensar en la necesidad de **suponer** algo más que hipótesis *ad hoc* y a afirmar que el centro pudiese ser el sol. Y decimos que se trata de una suposición,  porque ahora el sujeto deberá desatender el dato experimental de “ver” al sol saliendo y poniéndose en el horizonte, que era lo que nos llevaba intuitivamente a afirmar que el centro del sistema era la tierra, como una verdad absoluta, y aceptar que lo que hace es imaginar soluciones posibles, verdades relativas, que le resultan útiles a los fines prácticos.

          Ciertamente, el geocentrismo dio mejores resultados que el heliocentrismo y era posible llegar a destino sin sorpresivos eclipses. Sin embargo, hubo que esperar desde el siglo IV antes de Cristo hasta el siglo XII después de Cristo, con varias víctimas de por medio (Copérnico, Giordano Bruno, Galileo), para que el heliocentrismo fuese aceptado.

          ¿Por qué?, si el comercio necesitaba el cambio. Sí, pero factores también económicos, aunque de un orden muy superior, requerían que se siguiese **interpretando**(concepto que habrá de jugar como llave maestra en esta ponencia) como se hacía desde tantos siglos atrás.

            He aquí el tema: ¿quién era el intérprete de la obra “divina”?, y ¿cuál la fuente?. La Iglesia y la Biblia, respectivamente. Y, ¿quién ungía al emperador?. La Iglesia.

            Obviamente, esta última no podía darse el lujo de aceptar, o bien que la Biblia estaba equivoca, con lo cual no era fiel reflejo de la palabra de Dios (o algo mucho peor), o que sus propios miembros (el Papa, sus cardenales) no la habían interpretado correctamente. Porque con carácter transitivo, si los ministros de la Iglesia fallaban al interpretar la Biblia, también podían hacerlo al coronar al emperador.

             Tengamos presente, que este era un tema álgido para la época, habiéndose iniciado un cuestionamiento contra la facultad de aprobación y legitimación del papado en la elección del emperador.

             He aquí el trasfondo económico-político, sustentado en planteos de verdad absoluta *a cualquier costo*, fundado en argumentos de autoridad, que no obstante la evidencia de la mayor utilidad (nótese, que no decimos “verdad”) de una teoría por sobre la otra, obligaba a sostener la anterior.

           Es más, tengamos presente a Santo Tomás, quien al redescubrirse los manuscritos de Aristóteles (recordemos, uno de los sostenedores del geocentrismo), consideró que su teoría física y metafísica, no hacía más que corroborar anticipadamente la verdad del cristianismo. De ahí la corriente aristotélico tomista.

          Luego de semejantes fundamentaciones teóricas, y de intereses del mayor orden económico, poco importaba si nuestros heliocentristas tenían razón o no. Su teoría era inaceptable, porque no se había quedado en el ámbito astronómico: terminaba contaminando el orden religioso, político y finalmente el económico (en definitiva, el más importante para el momento histórico). He aquí un paradigma.

          Se trató de un modelo teórico, explicativo de un aspecto (en este caso de la naturaleza, pero también podría serlo de la moral, entre muchísimos otros), que por la centralidad de su planteo, implicaba modificar la manera de pensar y actuar consecuentemente, en otras áreas.

          De hecho, que era cuestión de tiempo, dado que a poco de morir Copérnico (quien para 1543 había publicado *De Revolutionibus Orbium Coelestium*) , con el advenimiento de la imprenta, y la primera edición de la Biblia por este medio en 1455,  hicieron su aparición el Luteranismo (1555, Paz de Aubsburg) y el Calvinismo (1648),  quedando en jaque el rol del intérprete único de las Sagradas Escrituras, debilitándose cada vez más el papel de la Iglesia.

          Si observamos en sincronía todo lo expuesto, advertiremos que mientras tanto por goteo, se iba produciendo un adelgazamiento del poder temporal de la iglesia en materia de elección y validación de candidatos imperiales,  el que tiene un hito con la Declaración de Rhens de 1338, por la que dejara de ser obligatoria la intervención papal en la elección del emperador, no obstante una cierta permanencia posterior, cada vez menos relevante.

            Se explica entonces la enorme resistencia al cambio de paradigma astronómico: terminaba implicando mucho más que eso.  Es que en el fondo, el cambio de teoría puso en jaque los fundamentos mismos de cómo conocemos, y el valor de los argumentos de autoridad, dado que la gran conmoción fue epistemológica.

          Así lo considera el propio Kant, quien al continuar las líneas de pensamiento derivadas de todos estos fenómenos, y tratar de determinar el rol del objeto y el del sujeto, en el tema de la verdad,  califica la transformación gnoseológica como un giro copernicano. Así lo dice en el Prólogo de la segunda edición, en el año de 1787[[2]](#footnote-2), a la Crítica de la razón pura.

            Nos atrevemos a afirmar, que esta labor se vio complementada años después con Popper[[3]](#footnote-3) (el texto citado es de lectura prácticamente obligatoria para cualquier investigador) quien abrevando en las herramientas brindadas por Kant y sus predecesores (Abelardo, Descartes, Spinoza y Hume, entre otros), nos permite vislumbrar que carecemos de las herramientas suficientes para saber si lo que afirmamos sobre el mundo natural es una verdad absoluta o si por el contrario, se trata de teorías tan mudables, y tan inductivamente comprobables, como tengamos la necesidad (el interés) y la habilidad de formularlas.

             Nada de esto nos permite afirmar la inexistencia de una verdad absoluta, pero sí de su incomprobabilidad, en el estado actual de nuestros conocimientos. De hecho, que esta “libertad” interpretativa, flexibilizó tanto nuestro pensamiento, que hoy podemos formular teorías como la de la física cuántica, que merced al principio de incertidumbre de Heizemberg[[4]](#footnote-4) (sin olvidar los aportes de Einstein y Bohr, mal que le pesara la indeterminación al primero), permitiría dudar del tercero excluido, tan caro a la lógica tradicional.

            Con lo cual, debería quedar claro que un modelo se transforma en paradigma, cuando el efecto explicativo no solo se dilata en el tiempo, y es masivo, sino porque además afecta otros órdenes del obrar humano.

           También debe quedar asentado, que como obra teórica al servicio de intereses mudables, el paradigma sufre transformaciones, en la medida que no logra servir a dichos intereses.

          Lo que aún no hemos dicho, pero puede inferirse de la batalla entre poderes seculares y temporales, es que el pasaje de un paradigma a otro, no es ni instantáneo ni tranquilo. De hecho, que Kuhn lo califica como *revolución científica*, puesto que los paradigmas son “inconmensurables”, incomparables, inencastrables. Se refieren a lo mismo, pero de manera diferente.

          El geocentrismo y el heliocentrismo son ejemplos al respecto. Ambos hablan de los mismos elementos: la estrella, los planetas y el movimiento. Los dos interpretan a este último como epicéntrico, pero qué es lo que gira alrededor de qué, es lo que varía. Corrijo: la **interpretación**, es lo que varía. Y como toda interpretación responde a intereses de algún sujeto, si esta contagia a una mayoría o  a una minoría con poder bastante, no será pacífico el traspaso de un paradigma a otro.

           Es hora de pasar al próximo punto.

**Paradigmas constitucionales.**

          Nada diferente sucede con los modelos constitucionales, que se insertan en un paradigma que deriva de una modificación en las bases fácticas del poder, que como lo viéramos, implica una determinada cosmovisión.

          Así, para lograr un modelo de dominación absoluta, el esquema epistemológico no debe ser opinable. Las verdades serán igualmente absolutas[[5]](#footnote-5), y lo que el gobernante privilegie como lo importante habrá de serlo, bajo la férrea mano del poder. En estos esquemas políticos, ubicándonos en los albores de la organización social y el poder político, las constituciones son una norma más, y no la más importante, no sometiéndose el soberano al derecho.

           En este punto, que denominaremos de derecho antiguo, no podemos hablar de un constitucionalismo. Recién cobra sentido el concepto con la revolución francesa (1789), en donde el feudalismo se apoya en las masas para llevar adelante los hechos revolucionarios, concediéndoles una serie de derechos organizados en un sistema jerárquico, constitucional, mediante la Constitución promulgada el 3 de setiembre de 1791, de claro corte liberal, al que debe someterse también el monarca. Pero no todos gozarán efectivamente de sus beneficios.

           Ciertamente, la mayoría en algún momento de nuestras vidas, hemos tenido la mirada inocente de creer que los derechos consagrados fueron para todos los franceses, en particular los que pusieron sus vidas al servicio de la revolución (esos mismos que tiempo después Víctor Hugo representara en “Los Miserables”

). Pero no fue así, al menos no del todo.

            La consagración de la libertad, la igualdad, y la fraternidad, fue por cierto una de las dos grandes conquistas de la Revolución, al plasmarlas como derechos sustantivos Pero no lo fue tanto desde la práctica, en donde por cierto no todos estaban en condiciones de hacer realidad estos derechos. En cambio, los representantes del capital, serían quienes en definitiva tomarían las decisiones trascendentales para la República, y quienes podrían defender de manera efectiva sus derechos.

           Sin embargo, hay también otra conquista, fundamental para la idea de paradigmas constitucionales: la de la **jerarquía** normativa. No todo es igual, ni está en el mismo nivel: las normas tienen diferentes rangos, y los valores contenidos en las mismas también. Es más, el privilegio moral que le otorga el poder constituyente a unos valores por sobre otros, es el que plasma la forma final de esa jerarquía.

           Por primera vez, podemos observar al derecho como un sistema organizado, en el cual la norma más importante y rectora del juego todo es la Constitución. A la usanza kelseniana[[6]](#footnote-6), podemos pensar en una pirámide, en donde la constitución es la primera norma positiva del sistema, la más general de todas, que a su vez pauta cuál deberá ser el contenido y la forma de creación de las demás normas del sistema (validez sustantiva y formal), hasta llegar a la base en donde por su particularidad encontramos las sentencias dictadas por los jueces, y la costumbre de los habitantes y ciudadanos.

            Esta jerarquía de valores, que luce plasmada en la Constitución, es lo que permite darle el nombre de Constitucionalismo Clásico o Liberal, porque la lucha de clases en la realidad, llevó a que prevalecieran los intereses (valores) de una sobre las otras, el acuerdo de dos de ellas, y en algún punto el desplazamiento de la clase trabajadora. La que por cierto, de acceder a la educación, recibiría una formación que le dificultase llegar a dudar en algún momento, que lo que el derecho plasmaba como valores consagrados, no fuese lo que debía ser, ontológicamente hablando. “Dios, Patria, Hogar”, como rezan los frontispicios de muchas escuelas argentinas hijas de la década de 1880, como claras directrices de lo que *se debe*pensar, creer y hacer.

             Cada vez más se tornaba imperioso asegurar, ya no por la fuerza física, sino por la intelectual, la visión epistemológica más compatible con el poder de turno, a fin de evitar la instalación de otro ideario, otro paradigma socio-cultural, que terminase alterando el paradigma constitucional. Se habla desde verdades supuestamente absolutas. De admitirse lo contrario, termina sucediendo por ejemplo, lo que, hoy por hoy sí se dio en Argentina, habilitando el matrimonio igualitario, la personalidad de quien fuera inseminado in vitro, el cambio de identidad por transformación voluntaria del género, etc.

              Sin embargo, esto habría de ser corregido prontamente, cuando sobreviniera  el Constitucionalismo Social. (México 1917, Weimar 1919). Aquellos que disponían de algunos derechos sustantivos, pero que en la práctica no los podían ejercitar por cuestiones materiales, ven aparecer mediante la consagración de los derechos sociales, y puntualmente los vinculados con el trabajo, la posibilidad de reclamar por ellos. Esto básicamente se logra con la proliferación de normas adjetivas, que ponen en contacto la teoría con la práctica, permitiendo el reclamo efectivo de los derechos.  Un ejemplo paradigmático: la gratuidad en el acceso a la justicia.

              Evidentemente, estamos aquí ante un cambio de paradigma, en donde los valores que orientaban el constitucionalismo clásico en un corte individualista, ceden primacía ante otros de carácter más colectivo, social. Y este nuevo paradigma, también obedece a uno de tipo socio cultural, en donde el descontento de las clases obreras, las muertes y sometimientos que llevaron a las huelgas, terminan por lograr la modificación del paradigma normativo.

              Para entonces, “El origen de las especies” de Charles Darwin (1859)[[7]](#footnote-7),  ponía una vez más en jaque las verdades absolutas de corte religioso, iniciando un camino que cien años después perfeccionaría Popper[[8]](#footnote-8). No es un tema menor, e incide en el cambio de paradigma jurídico, constitucional, que ahora queda huérfano de fundamentaciones autoritarias, y debe escuchar los intereses de una masa desprotegida, y sistemáticamente abusada.

              Esto vuelve a suceder, cuando tras la evidencia de las dos guerras mundiales, los penosos episodios de la guerra fría, los genocidios, y los fracasos en las negociaciones por la paz mundial, llevan al dictado de la "Declaración universal de los Derechos Humanos", el 10 de Diciembre de 1948, y a la instalación del paradigma de los derechos humanos fundamentales (Constitución italiana de 1947, Argentinas de 1949 y 1994, brasileña de 1988, etc.).

              Había quedado claro para entonces, que todo podía quedar solo en palabras, si se consagraban derechos sociales, pero no se aseguraba su efectividad. Para ello, se necesitaba a nivel interno, no solo la adhesión a los tratados de Derechos Humanos, sino también a la obligatoriedad de un control de convencionalidad, con un final sometimiento a organismos internacionales.

            Al respecto, las respectivas intervenciones ante la Corte Interamericana de Justicia, dieron por resultado celebérrimos fallos en los que se declarara la responsabilidad internacional de los Estados, los que debieron acondicionar su normativa y tomar medidas en consecuencia. Algunos de ellos son  los casos “María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 16/4/01”, “Campo Algodonero”  (Caso González y otras vs. México”), del 16/11/09 y  “Forneron e hija vs. Argentina, 27/4/12.

              Es que estas constituciones comienzan lentamente a responder  al esquema propio de una sociedad globalizada, en donde lo sucedido en un Estado repercute necesariamente en el otro, por los efectos migratorios a nivel laboral, de tercerización empresarial que a su vez implican trabajadores de un mismo conjunto económico en distintos países, de asimetrías normativas, económicas, dumping social, económico, deterioro a nivel global del medio ambiente, narcotráfico, etc. Vivimos en una suerte de holograma, donde la variación en cualquier punto del mismo, afecta al conjunto.

               Justamente la realidad que sirviera de sustento a “Campo Algodonero”, excede el ámbito penal, y supone trata de mujeres, sometimiento, trabajo esclavo, tercerización, narcotráfico, etc, mostrando con toda crudeza cómo los más débiles de nuestras comunidades, quedan presos en el cruce de esta globalización, que impacta fuertemente en el mundo del trabajo, perdiendo inclusive sus vidas[[9]](#footnote-9).

              De modo que, hasta aquí, podemos observar cuatro períodos: I) Derecho antiguo, sin jerarquía alguna, donde la constitución es una norma más, y quien detenta el poder no queda ni siquiera formalmente sometido a ella; II) Constitucionalismo Liberal o Clásico, iniciando la serie jerárquica de los constitucionalismos, en donde la Constitución es la norma más importante del sistema, que consagra una jerarquía de valores. En su caso, son los del liberalismo; III) Consitucionalismo social, donde estos valores modifican su ubicación en esa jerarquía, otorgándole preeminencia a los derechos sociales, y IV) Constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales, en donde se consagra netamente la protección de los más débiles en nuestras sociedades, poniendo énfasis en la internacionalización de los derechos y la eficacia de los mismos, asegurada también por cortes internacionales que declaren la responsabilidad de los Estados particulares.

             Claro está, y en esto hemos sido insistentes, que nada de esto habría sucedido, si previamente no se hubiesen modificado los mapas mentales, de cómo interpretar la vida en sociedad y de cuáles intereses deben ser particularmente protegidos. En síntesis, si no hubiese mediado un cambio fáctico y gnoseológico.

**Normas de fondo (o sustantivas) y normas de forma (o adjetivas). O*“res non verba”.***

                ¿Porqué titulamos de este modo este acápite?. Porque si reflexionamos en lo dicho precedentemente, queda claro que a medida que pasan los paradigmas, se pone cada vez más el acento en la norma adjetiva, entendiéndose por tal la que nos dice cómo se hace para hacer realidad ese derecho sustantivo o de fondo, que ha sido consagrado.

                 Es algo así como superar la falacia naturalista, que nos coloca ante el problema del abismo entre la teoría y la práctica.

                 En el caso del derecho, esto es particularmente grave, porque podemos tener hermosas constituciones, con derechos en los que todos estemos completamente de acuerdo que deben ser consagrados, pero que nunca logran su articulación efectiva en la realidad.

                   De esta, precisamente, se encargan las normas de forma o adjetivas, tanto en las propias constituciones cuando nos dicen que esos derechos sustantivos o de fondo en ellas consagrados, se harán realidad a través de una organización federal moderada o extrema; en un modelo presidencialista o parlamentarista; con elecciones obligatorias o no; con un modelo de justicia continental o de *common law*, etc., cuanto en las propias leyes que articulan los mandatos constitucionales (de migración, de trabajo, de libertad de prensa, etc.), en las reglamentaciones de estas leyes, y en los códigos de procedimientos cuando la cuestión es llevada finalmente a la justicia.

                      Como vemos, el aspecto reglamentario o adjetivo, está diseminado en distintos niveles de la organización política: el constituyente, el legislativo y el ejecutivo. Resultando su gran intérprete el judicial. **He aquí el problema que nos ocupa**.

                        Prácticamente todas las constituciones, y los tratados de Derechos Humanos en General, tienen cláusulas vinculadas con el tema. En ambos casos, veremos normas que afirmen que nunca podrá dictarse una norma adjetiva que altere el sentido de la sustantiva. Y en el caso de los tratados, se suma la obligación de los Estados firmantes, de asegurar el dictado de normas adjetivas en el mismo sentido de la sustantiva, de modo de lograr la eficacia de los derechos.

                       Esto se debe a que, en la práctica, la relación entre las normas de fondo y de forma, suele ser de tres tipos. La forma articula al fondo en su mismo sentido (1), en sentido contrario (2), o no existe norma de forma alguna (3). En estos dos últimos casos, el efecto es la negación del derecho sustantivo, porque si la norma adjetiva me obliga a transitar un camino que me aleja del derecho que quiero efectivizar, nunca lo lograré, como tampoco será posible hacerlo, si ese derecho es solo “verba”. Una *flatus vocis[[10]](#footnote-10)*, que no representa nada en la realidad práctica.

                  Probablemente porque estamos en un fin de ciclo social y ambiental[[11]](#footnote-11), estas cuestiones se están tornando cada vez más claras e intolerables. Y la clave de la reacción ha sido la norma adjetiva, con el acceso gratuito a la justicia, con las *affirmative actions*, con la cautelaridad, con autosatisfactivas, entre muchas otras, resultando así la normativa adjetiva la encargada de achicar la brecha entre la pura teoría y la realidad.

                    De hecho, que si prestamos atención a cuál es la columna vertebral de los tres fallos escogidos de la CIDH, en donde se declarara la responsabilidad de Brasil, México y Argentina, se trata ni más ni menos que del aspecto adjetivo, por la falta de eficacia del derecho sustantivo.

                     En Brasil, porque ante los hechos de violencia doméstica (como en la mayoría de los países), si la víctima retiraba la denuncia, el Estado no la continuaba de oficio. Hoy no es más así por recomendación de la Corte Interamericana, contando con plena vigencia la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Pará” (9/6/94).

                     Con relación a “Campo Algodonero”, tuvimos oportunidad en el Grupo Spes, en nuestras Jornadas de los años 2010 y 2011 en UBA dedicadas al problema de la drogadicción y el narcotráfico, de verificar con la presencia en la segunda de ellas del Licenciado Armendariz de la Comisión Interamericana de DDHH en Ciudad Juárez, el efecto que produjo el fallo en México, al modificarse la partida presupuestaria para la justicia. La cual, hasta el dictado de ese fallo, se encontraba sumida en una anomia, ante el tsunami de casos.

                             Y por último, en el caso Argentino, en donde a raíz de la trata de niños, un padre luchó doce años para recuperar a su hija, oponiéndosele siempre cuestiones adjetivas interpretadas a la luz de un paradigma no vigente, que le impedían la realización de sus derechos sustantivos. La CIDH en “Fornerón”, terminó responsabilizando al Estado Argentino, recomendándole que todos los magistrados y funcionarios del caso en Argentina realizasen un curso sobre Derechos Humanos Fundamentales. Mandato que se cumplió en UBA.

                               Claramente el mal manejo de la cuestión adjetiva, por un problema de interpretación en un paradigma distinto del vigente, llevaba a la frustración de los Derechos Humanos Fundamentales.

                                Resulta fundamental tener la plena consciencia de esto, porque de otro modo estaremos ante la letra chica de los contratos de consumidores, en donde por ejemplo, silentemente, terminamos resignando nada menos que la discusión ante los tribunales de nuestros derechos. Más claro: renunciando al derecho de defensa en juicio, en pleno siglo XXI.

                       Y esto le puede pasar a un trabajador, como fue el caso para el 2005 de Jamie Leigh Jones, una trabajadora administrativa de una empresa de la construcción, quien enviada a Irak en tiempos de su reconstrucción, resultó violada, drogada y herida por sus compañeros. Al salir de ese horror, vio que no podía hacerle juicio a la empresa, que además no había cumplido con lo pactado para su instalación en Irak, porque había supuestamente prestado su “libre” consentimiento a cláusulas obligatorias de arbitraje.

                  Esto puede verse en el documental de HBO,  "Hot Coffee", en donde queda claro desde diversos temas, que cuando se afectan intereses de grupos poderosos, la solución es  la alteración desde lo adjetivo, de lo sustantivo.  Aunque se trate de derechos fundamentales, de trabajadoras abusadas.

                  Esas renuncias a los derechos, inválidas para los suscriptores de los Tratados Internacionales, sin embargo, también se instalan silentemente en la normativa dictada por nuestros días a nivel de nuestros países[[12]](#footnote-12), en contradicción con el paradigma. Pero esto, puede suceder de más de una manera. Veámoslo.

**Desajuste a nivel interpretativo de los paradigmas normativo e interpretativo.**

Acabamos de sostener que el problema que nos preocupa para esta ponencia (porque son muchos más), es el del intérprete judicial del paradigma. Es decir, los jueces. ¿Por qué?.

                    Porque del mismo modo que la plataforma de cada paradigma constitucional (lo que llamaríamos la racionalidad del sistema o derecho vigente), ha sido una modificación en la realidad social, sustentada por una cosmovisión del mundo y la vida, es decir un paradigma epistemológico, insuflado a través de la educación, los jueces también son formados por ella, dependiendo de la misma que puedan reconocer la vigencia del paradigma normativo y sostenerlo al tiempo de interpretar también en el plano adjetivo.

                     Los jueces son educados por una universidad, una academia, una biblioteca, atada en gran medida al constitucionalismo clásico. Lo cual poco tiene que ver genio maligno alguno escondido detrás de los designios docentes, o el capricho de los educandos, y sí mucho con la conocida resistencia al cambio de paradigma.

                    Se los termina formando, y a su vez calificando al competir por los diferentes estrados judiciales y académicos (retroalimentándose, de tal suerte), epistemológicamente de tal modo, que se genera una suerte de  disociación. Así, hoy por hoy no tendrán duda de que el derecho vigente en cuanto a los aspectos sustantivos, es el de los Derechos Humanos Fundamentales,  sin embargo, al **interpretar**las normas procesales, lo harán desde la óptica de un paradigma de varios siglos atrás: el del derecho clásico.

                     De este modo, se dificulta otorgar una cautela, o admitir la competencia de las cuestiones laborales; se fijan inúmeros requisitos para convocar testigos, en olvido de que difícilmente podrá proveerlos un trabajador (no es el mismo el caso del Derecho del Trabajo, y del Derecho del Consumidor, que el del Derecho Civil, las partes no son iguales, etc.).

                     Al servicio de esto (aquí sí, deliberada e interesadamente), se encuentran muchas publicaciones especializadas, que anatematizan decisiones judiciales en las que se privilegia el acceso a la justicia habilitando la competencia, morigerando o dejando sin efecto las costas para el reclamante, cuando de cuestiones de salud se trata (máxime si media una efectiva incapacidad), etc. En estas publicaciones al servicio del *establishment* y de los intereses económicos, se hace tabla rasa de los principios propios de la disciplina, cuando de normas adjetivas se trata, cuando dichos principios no son ni más ni menos que la consagración de los valores preferidos por el paradigma de los DDHHFF, que precisamente, reclama **eficacia.**

 Las referidas publicaciones, funcionan como verdaderas formadoras de opinión, como doctrina, que habrá de incidir en la interpretación judicial, en los capacitadores de los jueces, en los cuadros universitarios y los electores de unos y otros. Cerrándose así el círculo vicioso, que asegure la interpretación de los adjetivo de la manera “correcta”.

                     En el Constitucionalismo de los DDHHFF el trabajador es un sujeto especialmente protegido, sin embargo, en materia sustantiva se emplea un paradigma, y en cuestiones procesales otro, pero por vía interpretativa. Con lo cual se modifica la escala jerárquica de la interpretación a voluntad del intérprete. En verdad, de quien ha incidido silente y persistentemente desde lo epistemológico en él, para que no advierta este corrimiento.

                       Directamente, hay quienes todavía sostienen públicamente que no existen diferentes jerarquías de valores, pretendiendo que todos los derechos consagrados en nuestras constituciones se encuentran en un mismo nivel. Luego, me pregunto, si no fuese precisamente por esa transformación de jerarquías, ¿cómo podríamos estar hablando de “distintos” paradigmas constitucionales?.  Si tuviesen razón los que esto sostienen, estaríamos en la posición del Derecho Antiguo, sin jerarquías, donde el más fuerte se queda afuera, sin someterse a regla alguna.

                          Y si el intérprete queda atrapado en este juego, el efecto será finalmente el de *Hot Coffee*. En la práctica, los derechos sustantivos no se realizan, solo se declaran (*verba non res).* Justamente, en plena redacción de esta ponencia, desde un programa de TV, Eduardo Galeano[[13]](#footnote-13) nos decía que el problema de Latinoamérica era tener hermosas normas, que nunca se hacían realidad. Justamente, lo destacaba como un problema a superar.

                      Sin ir más lejos, esto sucede con algunos temas laborales en la justicia argentina. Uno de los ejemplos más paradigmáticos (valga la redundancia), es el de las extensiones en etapa de ejecución, cuando el condenado se insolventa a fin de no cumplir con la sentencia. El juez de ese mismo caso, que al dictar la sentencia definitiva ha hecho aplicación de los tratados, dirá que la cuestión debe debatirse en una causa autónoma, y lo fundamenta en el derecho de defensa.

                       La pregunta, es ¿el derecho de defensa de quién?, al parecer solo del “tercero” que aparentemente detenta el capital esfumado, y no del trabajador que defiende el derecho que ese mismo juez le acaba de reconocer.

                      Ciertamente ambos tienen el derecho a defenderse, debiendo probar lo que afirman, uno y otro, en el mismo proceso, con todas las garantías, sin dilación alguna[[14]](#footnote-14). Sin embargo, mayoritariamente –no unánimemente, lo destacamos- eso no es así.

                      ¿Por mala voluntad? No, por cierto. Simplemente se está leyendo la norma adjetiva (en el caso, los códigos de procedimientos), desde un paradigma distinto: desde el clásico. Parece extraña esta afirmación, y que además pueda pasar inadvertida para el intérprete. Sin embargo, es así.

                      Ningún interés tiene el juez, ni el fiscal que avala con su dictamen cuando se corre la vista, en perjudicar al trabajador. Realmente cree que se violenta el derecho del pseudo o real “tercero”, si se hace un incidente en el proceso principal, en plena etapa de ejecución.

                      Lo extraordinario es que no ve tres cosas: 1) Que en nada perturbaría a nadie, abrir el incidente, brindando todas las garantías de defensa para que uno y otro prueben, 2) Que ninguna norma se opone a ello, como tampoco podría serlo a luz del paradigma efectivamente vigente; 3) Que a nivel de la justicia nacional, el reclamo por vía autónoma le será sorteado al mismo juez, con lo cual lo único que se ha hecho es perder tiempo.

                     Muy por el contrario, en Brasil la extensión es por incidente en la causa principal, es de oficio, y si se descubre que la insolvencia es fraudulenta, el testaferro podrá ser incluido en un veraz, y no podrá competir por una licitación. En este punto, la lectura del derecho adjetivo que hace Brasil, va en el mismo sentido del sustantivo: reconoce en la letra y en los hechos, el mismo paradigma.

                       Al cabo de todo lo expuesto, queda claro que en lo técnico, en relación con la vigencia del derecho y el Constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales,  en lo que al derecho del trabajo y la discusión en tribunales en Latinoamérica se refiere, el paradigma es dominante (en fase positiva). Pero en cuanto a su eficacia, no es homogénea la cosmovisión, dado que por vía interpretativa de la norma adjetiva (y a veces por vía legislativa en su producción, ver cita ), la aplicación es regresiva[[15]](#footnote-15).

                   Justamente, estamos de regreso epistemológicamente hablando, al largo proceso que dilató el pasaje del geo al helio, y por las mismas razones: económicas. Al mercado no le convienen interpretaciones de empleador plural, cuando de tercerización se trata; de cumplimiento irrestricto de las obligaciones para con el trabajador a cargo en forma solidaria de todos a los que aprovecha su trabajo; ni asumir el costo de condiciones de trabajo seguras, etc. Y mucho menos le conviene que, si se dictan sentencias, se tengan que hacer efectivas.

                   Se genera entonces la revolución de cambio de paradigma, como si se estuviese gestando uno nuevo, cuando lo que se hace es resistirlo. Se recurre a los medios masivos, y se descalifica técnicamente el empleo del paradigma de los DDHHFF (solo de modo aparente, porque no se dan razones), aplicando por cierto argumentos de autoridad. Se acaparan los lugares de formación, en especial de los actuales y futuros hacedores de justicia, para dilatar en lo posible la plena vigencia práctica del paradigma.

                   Pero insistimos, es solo cuestión de tiempo. Solo esperamos que no lleve quince siglos, otra vez[[16]](#footnote-16).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Eu Diana Regina Cañal

declaro, para todos os efeitos:

1) Que sou o autor único do artigo intitulado “El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho.El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales”

2) Que o referido artigo é completamente original;

3) Que submeto o referido artigo à consideração dos Coordenadores do livro para I Seminário Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: Dilemas da “Globalização”, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Acesso à Justiça, sob a organização da Comissão Organizadora dos Alunos do Doutorado da Universidade de Buenos Aires (UBA), que estará custeando a publicação.

4) Que o referido artigo nunca foi publicado nem submetido a outra publicação​, e me comprometo a não publicá-lo, nem apresentá-lo para publicação, compromisso de que ficarei liberado se o artigo não fosse aceito para publicação no livro antes mencionado.

5) Que aceito ceder todos meus direitos autorais/econômicos de autor à Comissão Organizadora dos Alunos do Doutorado da Universidade de Buenos Aires (UBA), para a referida publicação, em caso de ser aceito para tanto o referido artigo.

Na Cidade de Buenos Aires, a 24 dias de agosto

 de 2015.

1. \*Dra. por la UBA en Teoría General y Filosofía del Derecho.

Dra. por la Universidad San Carlos de Guatemala en Derecho del Trabajo y

Derechos Humanos-

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala III. Ex Juez de Primera Instancia del Trabajo, Juzgado Nro.74.

Docente universitaria de Doctora, Posgrado y Grado en Filosofía del Derecho y Derecho del Trabajo.

Publicista e investigadora.

Directora del Grupo *Spes.*

 Kuhn, Thomas; “La Estructura de las Revoluciones Científicas”, 1962, editorial University of Chicago Press [↑](#footnote-ref-1)
2. Kant Königsberg; 23.04.1787. [↑](#footnote-ref-2)
3. Popper, Karl; “La lógica de la investigación científica”, ISBN-3-16-148410-xOCLC, 62448100 y 2547789 [↑](#footnote-ref-3)
4. Hawking, S.W.; “Historia del Tiempo”. [↑](#footnote-ref-4)
5. La guerra de Irak es un ejemplo: fundamentalismos de un lado y del otro. De hecho, que en el caso de los EEUU, muchos de sus políticos y altísimos funcionarios, más allá del modelo constitucional efectivamente existente, pensaron y obraron bajo un paradigma de verdades absolutas. [↑](#footnote-ref-5)
6. Kelsen; Hans; “Teoria Pura del Derecho”, Editorial Porrúa, Mexico. Vernengo, Roberto J.Traductor.ISBN 968-58-0032-4 [↑](#footnote-ref-6)
7. Editorial: Alianza Editorial. ISBN: 9788420656076 [↑](#footnote-ref-7)
8. Invitamos a buscar en la web, el prolífico material sobre el debate de la verdad (absoluta y relativa) en materia educativa, conocido como “creacionismo vs. Evolucionismo”, donde en los EEUU se discute si se debe fomentar una educación en términos de verdades absolutas o no, con independencia de toda posible prueba y generalización de la misma (lo que Popper nos enseña como impracticable hoy por hoy). En definitiva, la estrategia de todo fundamentalismo, o la democratización de la educación. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cañal, Diana Regina; “Trabajo Precario, Informal y Forzoso…….una conclusión forzosa”, Observatorio del Trabajo Precario, Informal y Forzoso, 2015,CGT/OIT//observatorio.com.ar/archivo/obs.9.1.pdf [↑](#footnote-ref-9)
10. “Nominalismo vs. Realismo”, Recomendamos la lectura de “El nombre de la rosa” de Umberto Eco. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cañal, Diana Regina; “El Derecho del Trabajo. Una visión de nuestro tiempo”, pub en Doctrina Laboral y Previsional, Nº 350, editorial Errepar, octubre de 2014. [↑](#footnote-ref-11)
12. CNAT, Sala III, S.I. del 25.9.14; en autos “Acevedo, Juan Bartolomé c/ Estancia la Republica Argentina SA y otros s/ accidente-accion civil”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Este querido uruguayo, que hace pocos meses comparte la vida desde otro plano. [↑](#footnote-ref-13)
14. CNAT, Sala III, S.I. del 25.9.14, en autos “Verastegui, Basurto Bagner Daniel y otro c/ Porta Romero, Judith s/ despido”, entre muchas otras; Sala VII, S.I 37.128 del 22.5.15, en autos “Gomez, David Adrián y otros c/ Szwarc, Alberto León y otros s/ Extensión de responsabilidad solidaria”.

Ver en <http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>,lo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos nos informa en su Resumen Ejecutivo, sobre los criterios de la Corte Interamericana en relación con el proceso y la etapa de ejecución. Entre otros standares refiere que “ el Tribunal ha considerado que para hablar de "recursos judiciales efectivos" no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. “, y que “ la demora en la ejecución de la sentencia, no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva”. [↑](#footnote-ref-14)
15. “Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar", Revista Spes Nº 34, octubre 2012”. Jornada Nº 12, 12º Jornadas SPES “Los cambios de paradigma y sus efectos. Su abordaje interdisciplinario”. UBA.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Cañal, Diana. "Decisiones Judiciales: la relación entre normas de fondo y de forma”. Editorial: Quorum, Buenos Aires, Setiembre 2006.Editorial: Errepar, Buenos Aires, Diciembre 2011

Cañal, Diana “Una Visión Pragmática del Derecho”. Prólogo: Dr. Tulio Ortiz.Editorial: Quorum, Buenos Aires, Noviembre 2003.Editorial: Errepar, Buenos Aires, Diciembre 2011.

“Filosofía del derecho: una propuesta interactiva” Editorial: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, Mayo 2001. Segunda edición,Editorial: Quorum, Buenos Aires, Octubre 2001. Tercera edición.Editorial: Errepar, Buenos Aires, Diciembre 2011 [↑](#footnote-ref-16)