

## ¿Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del trabajo? (\*)

Por Eduardo E. Curutchet<sup>1</sup>

**Materia:** Derecho Constitucional.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Método tradicional de control de constitucionalidad (presunción de constitucionalidad). 3. Método estricto (Presunción de inconstitucionalidad). Supuestos de aplicación: a) Cuando estamos frente a “derechos o libertades preferidas”(preferred rights o preferred freedoms); b) Frente a ciertas “distinciones o categorías sospechosas” y c) Frente a normas regresivas en materia de derecho sociales, económicos y culturales. 4. Conclusiones.

### 1. Introducción:

¿El principio protectorio (art. 14 bis, párr.1º C.N.) y el principio de progresividad (art.2.1 PIDESC, con rango supremo por art.75, inc.22, párr.2º C.N.), deben tener incidencia en el método que se utilice para controlar validez constitucional de las leyes del trabajo que resulten desprotectorias o regresivas?

Nosotros pensamos que sí.

Creemos además que la Corte Suprema de Justicia de la Nación –con su nueva integración- parece estar dando alguna señal del camino que comienza a transitar en materia de control de constitucionalidad de las leyes del trabajo.

Así lo ha dicho expresamente en la causa “Vizzoti” (2004)<sup>2</sup> al sostener en el considerando 9º (por unanimidad) que “El artículo 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad”.

Ante la sugerente expresión recién citada, es pertinente volver a ocuparse acerca de los distintos enfoques posibles en materia de control de constitucionalidad de las leyes para explanarlo en materia laboral. A nuestro entender, ese particular aspecto de aquel arduo tema aún no ha sido plenamente desarrollado por la doctrina de los autores, e incluso merecería un tratamiento

---

(\*) El presente trabajo es una síntesis de la exposición que realizara su autor en la Reunión Ampliada convocada por el Instituto de Derecho Constitucional (CALP) bajo la consigna: “¿Hacia un Control de Constitucionalidad más estricto en materia laboral?” efectuada el viernes 17/11/2006 en la sede del Colegio platense.

<sup>1</sup> El autor del presente trabajo es miembro del Instituto de Derecho Constitucional (CALP).

<sup>2</sup> CSJN, 14-09-2004 “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA s/Despido”, Fallos 327:3677.

mucho más acabado y profundo del que se pueda abarcar en el presente trabajo. Por ello, en esta ocasión trataremos de empezar por recordar algunas cuestiones que consideramos esenciales acerca de los distintos métodos que pueden aplicarse al efectuar el control de constitucionalidad de una norma, para luego avanzar hacia la pregunta del título.

Las distintas modalidades posibles que asume el test de constitucionalidad tiene una indudable trascendencia práctica y no constituyen una discusión meramente doctrinaria, sino que son el reflejo de diversas decisiones judiciales concretas que se han ido sucediendo en el tiempo, tanto en nuestro sistema judicial de contralor de constitucionalidad como en el derecho comparado: mientras un primer método, es el que tradicional y mayoritariamente vienen utilizando nuestros Tribunales (en adelante lo llamaremos test laxo o bien método tradicional de control de constitucionalidad); un segundo, es el denominado test estricto de constitucionalidad (*strict scrutiny test*) que indudablemente ha tenido mucho menos aceptación en nuestro país y reconoce su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.<sup>3</sup>

Para el presente trabajo meramente introductorio acerca del tema propuesto –control estricto de constitucionalidad en materias de leyes del trabajo-, tomaremos como eje de análisis la emblemática Ley 24.557 de 1995, de Riesgos del Trabajo (en adelante: LRT) que, como es sabido, a poco de modificada la constitución nacional reafirmando su compromiso social, hubo generado un verdadero retroceso en relación al régimen que se iniciara a partir de 1915 con la Ley 9.688 con sus sucesivas modificaciones.<sup>4</sup> Dentro de ese acotado supuesto,

---

<sup>3</sup> Así lo explica Alberto F Garay en su trabajo “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas” (LL 1989-B, p.936). Agregamos nosotros que, a pesar de ciertos vaivenes, dicho método de control tiene aun hoy plena vigencia en la jurisprudencia en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, tal como se puede apreciar en el caso “*O Centro Espirista Beneficente Uniao Do Vegetal*”, sentencia del 21-2-2006, cuya traducción y comentario fuera presentado a principios del año 2006 por M.Jimena Sáenz en el Instituto de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de La Plata y publicados en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XLVI N° 67.

<sup>4</sup> El derecho de las víctimas a obtener una reparación por los daños sufridos con motivo u ocasión del trabajo mereció en nuestro sistema reconocimiento judicial aun sin una ley especial que así lo dispusiera y con base en un factor objetivo de atribución, tal como lo demuestra el precedente de la Corte Federal de 1916, cuando resolvió que "El obrero víctima de un accidente, o sus derecho-

prestaremos especial atención al control de constitucionalidad practicado en última instancia por la Corte Federal sobre el art. 39.1 LRT<sup>5</sup>. A su vez, restringiendo aun más nuestro estudio, terminaremos por concentraremos en el caso “Aquino” del 21-09-2004 (Fallos: 327:3653), en el voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni, y -con mayor detenimiento- en uno de sus considerandos.

## **2 Método tradicional de control de constitucionalidad (presunción de constitucionalidad).**

Este clásico test, parte siempre de la presunción de la validez constitucional de las normas infraconstitucionales. Por ende, quien alega la inconstitucionalidad de la misma debe acreditarla, quebrando así la mentada presunción que se le atribuye tradicionalmente a todo acto legislativo o ejecutivo. Por más visible que pudiera ser la contradicción con la Constitución Nacional, según este sistema habrá que realizar siempre un test de razonabilidad de la norma atacada pero que se presume constitucional. En conexión con lo anterior, juega la premisa que presupone que como ningún derecho es absoluto, todos ellos son susceptibles de “reglamentaciones”, en la medida que no se los altere (conf. doctrina arts. 14 y 28 C.N.).<sup>6</sup>

En suma, lo que este método presume es -en rigor- la razonabilidad de la reglamentación. Por ello, solo demostrando su irrazonabilidad se arriba a la

---

habientes pueden reclamar una indemnización sin tener que hacer la prueba de una falta especial cometida por el patrón...”(30-11-1916, in re "Monreal de Lara de Hurtado c/Gobierno de la Nación s/Daños y perjuicios"; Fallos 124:329, 342).

<sup>5</sup> El art. 39.1 de la LRT dispone que las prestaciones de dicha ley “eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de estos “ salvo que hubiere mediado dolo del empleador en la producción del siniestro. Esta norma venía a vedar la tradicional opción, vigente en los sistemas anteriores, que podía ejercer el trabajador para accionar por las prestaciones del sistema tarifario –con pretensiones de automaticidad- o bien por accionar civilmente contra el empleador, por la reparación integral de los daños causados. No importa si el empleador se encuentra o no afiliado a una ART, tampoco importa si el accidente pudo o no preverse y evitarse, de haber actuado el empleador con la diligencia y prudencia del caso, la obligación de reparar los daños es siempre limitada a las prestaciones previstas en la LRT, sin posibilidad, según el diseño de la ley, de acceder a la reparación integral de los daños sufridos. Esta disposición ha sido la que despertó el mayor rechazo (cuantitativa y cualitativamente hablando) de la doctrina primero, y de diversos Jueces después.

<sup>6</sup> “La alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad y como la ley no puede incurrir en tal alteración... toda actividad estatal para ser conforme a la constitución, debe ser razonable” (Bidart Campos, Germán J, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ed Ediar., Bs As., 1986, t. I, pag. 228).

necesaria conclusión de su inconstitucionalidad. Al respecto sostuvo Juan Francisco Linares:

“Nuestra Corte Suprema, a diferencia de la de Estados Unidos ha aplicado la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo y aun ejecutivo, lo que supone la presunción de su razonabilidad... Nuestra Corte siempre exigió que quien alega la irrazonabilidad de una ley pruebe su impugnación... No hay duda que quien ataque como irrazonable una ley debe tratar de producir la prueba más amplia... De no hacerlo, y aun cuando el Estado no aporte prueba acerca de la razonabilidad de la ley, frente a la presunción de constitucionalidad ya referida, la demanda debe rechazarse.”<sup>7</sup>

Solo el análisis de cada caso concreto y fundamentalmente la razonable valoración de las circunstancias fácticas acreditadas en cada causa, podría motivar una declaración de inconstitucionalidad, por supuesto, siempre con alcances restringidos al caso particular.

En relación a esta manera de ejercerse el control de constitucionalidad se ha sostenido que “la aplicación del test de razonabilidad es condescendiente con el legislador y conduce –en la mayoría de los casos- a declarar la validez de la norma cuestionada”.<sup>8</sup>

### **3 Método estricto (presunción de inconstitucionalidad). Supuestos de aplicación:**

Este sistema de control de constitucionalidad, reacciona en forma distinta ante la inicial y aparente incompatibilidad entre la norma de menor jerarquía y la Constitución: presume, *prima facie*, la inconstitucionalidad de aquella. Como necesaria derivación de lo anterior, se invierte la carga de la prueba al colocarla en cabeza de quien pretenda destruir dicha presunción de inconstitucionalidad (generalmente el Estado, conforme surge del análisis de los casos analizados). A su vez, dicha exigencia probatoria es particularmente muy estricta, tal como se verá.

Como primera aproximación, hay que decir también que éste método se abre lentamente camino en nuestra jurisprudencia y se presenta en la práctica

<sup>7</sup> Linares, Juan F. *Razonabilidad de las Leyes*. 2ª edic., Bs.As., 2002, Astrea, p. 213, 125. 218.

<sup>8</sup> Bianchi, Enrique T.- Gullco, Hernán V. “La Cláusula de la igualdad: hacia un escrutinio mas exigente” (J.A., t. 2001-I, pág. 1241).

como una discreta grieta en el rígido mecanismo tradicional de control de constitucionalidad. Frente a éste, el test estricto sigue apareciendo como si fuera un método de control excepcional; es decir, que la regla sigue siendo de la presunción de constitucionalidad de todo acto ejecutivo o legislativo.

Para observar en qué medida han sido aplicados en el derecho del trabajo, o bien podría serlo, trataremos de esquematizar, sin pretensión de agotar todos los supuestos posibles, los casos frente a los que puede validamente aplicarse este sistema. Así veremos cómo se hubo activado en nuestra jurisprudencia suprema la presunción de inconstitucionalidad,<sup>9</sup> haciendo especial referencia a los tres supuestos más destacados: a) Cuando estamos frente a “derechos o libertades preferidas”; b) Frente a ciertas “distinciones o categorías sospechosas” y c) Frente a normas regresivas en materia de derecho sociales, económicos y culturales.

#### **a) Cuando estamos frente a “derechos o libertades preferidas”**

*(preferred rights o preferred freedoms):*

La doctrina de las libertades o derechos preferidos surge para la protección de los denominados derechos civiles o de primera generación, siempre de contenido no patrimonial (como la libertad de expresión), y se suele situar su origen en la famosa nota al pie nº 4 del Juez Stone en el caso “*United States vs. Carolene Products Co*” de 1938 (304 US 144) resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos,<sup>10</sup> donde este distinguido juez expresara:

*“Debe existir una menor operatividad para la presunción de constitucionalidad cuando la legislación es directamente contraria a alguna prohibición específica de la Constitución, tales como las que surgen de las primeras Diez Enmiendas...”*.

Comentando dicha nota dice Alberto Bianchi que lo que la Corte norteamericana hubo señalado era que todos los derechos protegidos en el *Bill of*

---

<sup>9</sup> Cabe aclarar aun en los casos detectados no siempre los jueces declaran abiertamente que están aplicando una presunción de inconstitucionalidad y sin embargo, conscientes o no de ello, la aplican en la resolución de la causa, como veremos.

<sup>10</sup> Sobre “Los métodos del Juez Stone en los casos Constitucionales” puede consultarse el trabajo Noel T. Dowling (LL, t. 27, p. 941 y ss.). En dicha revista jurídica (año 1942) puede encontrarse ya un comentario a la célebre nota referida del Juez Stone.

*Rights* contenido en las Enmiendas 1/10 y volcados ahora en la Enmienda 14, no podían ser afectados por la legislación, ni aun en un grado mínimo. Cuando ésta se oponía a ellos el examen judicial de su validez debía ser muy estricto, debido a que la presunción de constitucionalidad de aquella, cuando limita tales derechos, posee un escaso margen de amplitud.<sup>11</sup>

Explica además dicho autor, citando a Ducat, que esta doctrina fue luego formulada tajantemente en el año 1945 en “*Thomas vs. Collins*” (323, US 516) cuando fue declarada inconstitucional una ley de Texas que obligaba a los sindicalistas a registrarse en el Estado, sometiendo sus actividades al otorgamiento de una licencia previa y que se consolidó con muchos pronunciamientos posteriores que marcaran un cambio de rumbo en el control de constitucionalidad en lo atinente a derechos de contenido no patrimonial. En relación a estas libertades fundamentales, es el Estado quien debe justificar la existencia de un interés especial en la restricción que impone la norma cuestionada.<sup>12</sup>

Cabe aclarar que la doctrina de los derechos y libertades preferentes, se liga tanto a un aspecto procesal del control de constitucionalidad, exigiendo en tal caso un test estricto de la norma o acto que cercene dicha libertad o que realice una preferencia legal inválida (es decir en sentido contrario al derecho o libertad preferida), como a un sistema de jerarquización como método de resolución de conflictos entre derechos en pugna (por ejemplo: libertad de expresión vs. intimidad). Ambos aspectos se presentan generalmente asociados.

Veamos como fue aplicada esta doctrina por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al derecho a la libertad de expresión y de prensa. En primer lugar, como suele ocurrir, lo hallamos en disidencias. Por caso, a través del voto del Juez Fayt en un sonado asunto de 1989, en el cual expresaba:

*“Debe reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bianchi, Alberto B. “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina” (Régimen de la Administración Pública, 13 nov. 1990, nro. 146, ed. Ciencias de la administración SRL, pág.20).

<sup>12</sup> Bianchi, A. *Ob.cit.*, pág. 20.

<sup>13</sup> C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen” del 13/06/89, voto disidente de Fayt, Consid.14, Fallos: 312: 916.

Dicho voto fue recogido luego por todos los ministros de la Corte en el otro resonante asunto de 1992, en donde se expresó:

“Dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, toda censura revía que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.<sup>14</sup>

Más allá de la libertad de expresión y entrando ya en la dimensión de los conflictos de derechos propios de la relación de trabajo, la Corte ya había recurrido a la doctrina de las libertades preferidas en estos términos:

“...toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental”.<sup>15</sup>

Esa preferencia se basaba en la doctrina de la “libertad contra la opresión” (*freedom from opresión*) sostenida por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del caso “*West Coast T Hotel c. Parrish*” del año 1937 (300 US 379) en el cual el Juez Hughes sostuvo la validez de una ley del Estado de Washington que reglaba el salario mínimo de las mujeres y los niños, argumentando para ello que:

“...en lo concerniente a la relación entre empleadores y empleados, la Legislatura tiene un amplio campo discrecional respecto de lo que considere puede ser adecuado para la protección de la salud y la seguridad, y para que la paz y el buen orden sean promovidos mediante regulaciones tendientes a asegurar **condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión**”.

Esta preferencia –libertades y derechos fundamentales del trabajador contra la opresión de capital- como estándar de interpretación en el proceso de control de constitucionalidad de la leyes, fue consolidándose en la jurisprudencia

---

<sup>14</sup> CSJN, “Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo” del 8/09/92, Fallos: 315:1943

<sup>15</sup> CSJN, “Prattico, Carmelo y Otros c/ Basso y Cia” del 20-05-1960, Consid. 7 *in fine*, LL t. 102, p. 714 y ss.; Fallos 246:345.

de nuestra Corte Federal, y se utilizó para fundar decisiones de rechazo de planteos de inconstitucionalidad de un aumento de salarios en el citado caso “Praticco” (1960), o de una asignación familiar por hijo a cargo de empleador en el caso “Roldán” de 1961.<sup>16</sup>

Esta doctrina llamada de la “libertad contra la opresión”, según lo entendemos, es la adecuación y extensión a la esfera del derecho del trabajo de la originaria doctrina de las libertades o derechos preferidos en materia civil. Según esta última doctrina, existen derechos de preferente tutela constitucional y cuando éstos entran en conflicto con otros derechos que no revisten tal jerarquía, terminan imponiéndose, siendo entonces “preferidos”. Y si alguna norma jurídica o acto de particulares resulta atentatorio contra dicho derecho o libertad referida, se impone escrutar su constitucionalidad de una forma más estricta, lo cual supone generalmente la aplicación de una presunción de inconstitucionalidad. Se la utiliza también para reforzar la validez constitucional de las leyes que interfieren la relación de trabajo con sentido protectorio del trabajador.

Ocurre que el contrato de trabajo es, por definición, un contrato legalmente intervenido. Intervención orientada hacia la protección del trabajador, por ser este el sujeto de preferente tutela dentro de esa relación, toda vea que no se encuentra en aquella igualdad real de poderes que supone la libre contratación. Tal igualdad, mantenida en otros tiempos en sus márgenes formales, a sido conducto de las peores formas de explotación del hombre por hombre, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil), conforme el cual cada uno debe atenerse a lo contratado como a la ley misma, siendo “siervo” de lo pactado (“*pacta sunt servanda*”).<sup>17</sup>

Con el tiempo se comprendió que había que asegurar determinados derechos y libertades básicas del trabajador (a un salario digno, a una limitada jornada de trabajo, etc.) aun por sobre algunos derechos y libertades del

---

<sup>16</sup> “Roldán, José Eduardo c. Borrás, Antonio.” del 16-06-1961 (Fallos: 250: 46).

<sup>17</sup> Las luchas del movimiento obrero conservan, para memoria de la humanidad, claros ejemplos de los terribles abusos cometidos por los empleados.

empleador (su derecho de propiedad, su libertad de contratar, etc).<sup>18</sup> En tal sentido explica el Dr. Meik:

“El derecho laboral captó históricamente la asimetría de poder y reaccionó precisamente limitando al que detenta fácticamente el empleador y repotenciando la voluntad del trabajador mediante la intervención legal compensatoria de esa desigualdad de poder”.<sup>19</sup>

El esquema superador parte de reconocer aquella desigualdad, ínsita en el contrato de trabajo. Es que “la sumisión voluntaria del trabajador por contrato al empresario, que se explica como la principal manifestación del “poder social de la propiedad”, debe ser limitada o contrapesada por la acción del Estado, que protege al trabajador como “contratante débil” garantizando en la norma un suelo mínimo de contratación indisponible por la voluntad individual de las partes del contrato”.<sup>20</sup> Como bien lo explica Cornaglia “el derecho del trabajo es una desigualdad que procura limitar el abuso en el derecho de propiedad, cuando el mismo se estructura a partir de la legitimación social del poder apropiativo del trabajo ajeno”.<sup>21</sup>

El reconocimiento de esas desigualdades reales y la intervención estatal en favor del trabajador, fue explicitada por el legislador en el original artículo 19 de la LCT, texto que ahora parecería que será reinsertado en la LCT como nuevo art. 17 bis, según un proyecto de reforma que fue aprobado por la Cámara de Diputados, cuyo artículo 1 textualmente dice: “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”.

---

<sup>18</sup> Es la doctrina de la libertad contra la opresión receptada en el ya citado caso “Roldan” de 1961 de nuestra Corte Federal.

<sup>19</sup> Meik, Moisés. “El sano juicio. El largo debate sobre irrenunciabilidad, indisponibilidad de derechos, imperatividad normativa y orden público laboral” (Revista Contextos Nro. 3, pág. 271).

<sup>20</sup> Antonio Baylos Grau. “Igualdad, Uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo” (Revista de Derecho Social N° 1, Editorial Bomarzo, España, 1998, pág.16).

<sup>21</sup> Cornaglia, Ricardo J. “Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis” Ed. La Ley, Bs.As., 2001, pág.14.

En línea con todo ello, la Corte Federal expresamente ha reconocido –por unanimidad- que el trabajador es un “**sujeto de preferente tutela**” (CS “Vizzoti”)<sup>22</sup> y que “esta preferencia, por lo demás, es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo” (CS “Vizzoti”)<sup>23</sup>,. Agregando inmediatamente después que “sostener que **el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional** no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Const. Nac. Art. 75, inc. 22)...”.

También en la causa “Aquino” (Fallos: 327:3653) los Dres. Petracchi, Zaffaroni, en el considerando 7, y la Dra. Highton de Nolasco en el considerando 9 de su voto particular, han reiterado que el trabajador es “**sujeto de preferente tutela constitucional**”.

De modo que, la doctrina de los derechos preferidos, aplicada en el ámbito propio de los derechos sociales del trabajador tiene importantes implicancias sustantivas y procesales.

Así, como estándar de interpretación, en un conflicto de derechos trabajador-empleador, deberá estarse al principio “*pro operaris*”, regla de interpretación que se desprende del principio rector “*pro justitia socialis*”. Se jerarquizan los derechos y libertades del trabajador por sobre ciertos derechos y libertades del empleador, es especial sobre su libertad de contratación y sobre su derecho de propiedad.

Pero también impone un método de control de constitucionalidad de las normas que desconozcan o alteren esos derechos y libertades preferentes del trabajador.

Adviértase que en ambas causas citadas, al ejercer el control de constitucionalidad del art. 39.1 LRT y del art. 245 LCT, la Corte Suprema ha aplicado esta preferencia constitucional del trabajador –ya por unanimidad en la

---

<sup>22</sup> CSJN, 14-09-2004 “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA s/Despido”, Considerando 9, párr.1º, Fallos 327:3677.

<sup>23</sup> *Ibídem*, Considerando 9, párr.4º.

causa Vizzoti, ya con el voto de tres de sus miembros en la causa Aquino-, arribando en sendos casos a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en crisis.

Incluso en el considerando 12 del voto de los Dres Petracchi y Zaffaroni de la causa “Aquino”, se expresa con claridad que la LRT ha agravado “la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo” y que ha formulado “**una preferencia legal inválida**”. Explicando que ello encierra “la inobservancia legislativa del requerimiento de proveer reglamentaciones orientadas a asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión”.

**b) Frente a ciertas “distinciones o categorías sospechosas”.**

Con mayor precisión, digamos que el control estricto de constitucionalidad, en directa conexión con la doctrina de las libertades preferidas, se suele ejercer ante la presencia de determinadas “categorías sospechosas”. El concepto se elaboró en el marco del cuestionamiento constitucional de determinadas distinciones normativas tachadas de discriminatorias (por realizar clasificaciones basadas en motivos raciales o de nacionalidad, por ejemplo). Es decir, se lo ha aplicado a partir de normas que entraban en colisión con el principio de no discriminación.

Su origen se asocia a la doctrina de las libertades preferidas, pero tiene un ámbito de aplicación específico: la prohibición de discriminación negativa.

Garay explica que lo que se sospecha es que determinadas normas están motivadas solamente en prejuicios o instintos sectoriales. Esta sospecha se traduce en una presunción de inconstitucionalidad, de las normas objetadas.<sup>24</sup>

En su dinámica procesal este método de control de constitucionalidad exige a quien se considere agraviado por una norma jurídica que contiene una categoría sospechosa -de las expresamente previstas en las normas antidiscriminatorias que integran el bloque de constitucionalidad, tales como raza,

---

<sup>24</sup> Garay, Alberto F. “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas” (LL 1989-B, p.936).

religión, nacionalidad, condición social, etc- como criterio de una distinción legal, de la carga probatoria de su inconstitucionalidad.

En tal supuesto, la carga probatoria se invierte y corresponde en principio al Estado la justificación de la medida. Justificación que es en estos casos mucho más exigente que el mero test de razonabilidad que se utiliza tradicionalmente.

Hay quienes sitúan la génesis de este método de control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU y en particular en el voto del ministro Hugo Black de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien en la causa “*Korematsu v. United States*” de 1944 (323 U.S.214), sostuvo que:

*“..todas las restricciones legales que reducen los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Esto significa que los tribunales deben someterlas al examen mas estricto...”*<sup>25</sup>

Decíamos que éste método no solo invierte la carga de la prueba en orden a la demostración de la constitucionalidad de la norma cuestionada, sino agrega además que la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre la norma “sospechosa”, solo puede ser desvirtuada mediante **la prueba concluyente de un interés estatal sustancial, urgente o insoslayable que justifique la medida.**<sup>26</sup>

El test estricto de control de constitucional al que nos estamos refiriendo no es ajeno a nuestro medio. En nuestro país puede citarse el conocido voto de los Dres. Petracchi y Bacqué en la causa “*Repetto*”<sup>27</sup> del año 1998, en cuyo considerando 7º expresaran:

*“Que, en consecuencia, cabe concluir –ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional- que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros,*

<sup>25</sup> Citado por Alberto Garay, Alberto F. “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas” (LL 1989-B, p.936).

<sup>26</sup> Garay habla de “una justificación extraordinaria y precisa, por oposición a un mero recitado de fines, propósitos e intereses (que es lo que acostumbran hacer los representantes del Estado – y a veces los propios tribunales- cuando se trata de “justificar” constitucionalmente un dispositivo legal)”(Artículo citado, LL, t. 1989-B, p. 936).

<sup>27</sup> CSJN, sent. del 8-11-1988, “*Repetto*, Inés María c/Buenos Aires Provincia de s/Inconstitucionalidad de normas legales”; Fallos 311: 2272.

*en lo que respeta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad*".<sup>28</sup>

Luego, en el año 1998, la Corte retoma los argumentos del caso "Repetto" en la causa "Calvo y Pesini".<sup>29</sup> Se trataba de una ley de la provincia de Córdoba que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos. Si bien la Corte no afirmó que pesaba sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad, hizo lugar a la demanda (una acción de amparo en la que se insertaba una pretensión declarativa de inconstitucionalidad) por considerar que el Estado no había acreditado un razonable interés estatal que justifique la restricción, es decir, exigió al estado una "justificación suficiente de la restricción", considerando insuficiente, en ese caso concreto, "una dogmática afirmación de su postura".

En la causa "Gonzalez de Delgado"<sup>30</sup> del año 2000, se destaca nuevamente el voto del Dr. Petracchi, (en especial sus considerandos 8, 9, y 10) proponiendo un control de constitucionalidad estricto de las distinciones por razones del género sexual (en el caso exclusión de las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el colegio Monserrat de Córdoba). Allí sostuvo este distinguido Magistrado que los estándares que se aplican para justificar distinciones o discriminaciones por razones del sexo –entre otras- "son muy exigentes". Citando a la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo que quienes pretendan defender clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, "deben demostrar una justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva".

En el año 2004 nuevamente recurre la Corte Suprema a este método de control de constitucionalidad, en la causa "Hooft".<sup>31</sup> Estaba en juego la validez

---

<sup>28</sup> Al respecto decía Alberto Garay lo siguiente: "Creo que es la primera vez en la historia del órgano judicial supremo que se baraja la posibilidad ostensible de presumir *iuris tantum* -dentro de un proceso judicial- que una norma es inconstitucional y que para justificar su validez sustancial el Estado debe allegar razones más que suficientes para defenderla" (Garay, Alberto F. Artículo citado, LL, t. 1989-B, p. 935).

<sup>29</sup> CSJN, Sent. del 24-2-1998, "Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo"; Fallos 321:194.

<sup>30</sup> CSJN Sent. del 19-9-2000, "González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba"; Fallos 323: 2659.

<sup>31</sup> CS, "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 16-11-2004, cuya mayoría componen los Dres Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; Fallos 322:3034.

constitucional del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto imposibilita a los argentinos naturalizados acceder al cargo de Juez de Cámara.<sup>32</sup> La Corte Suprema, por mayoría, dijo:

“...una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”) y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor), se presenta afectada por *una presunción de inconstitucionalidad que solo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique*” (cons. 2, el destacado nos corresponde)

En este precedente, fundó además su decisión, entre otras consideraciones, con una cita de John Stuart Mill:

“...Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es a favor de la libertad y de la imparcialidad” (ver considerando 3)

En el considerando 4º expresamente se refiere la Corte Suprema a “*la presencia de un criterio de distinción sospechoso*”, lo cual hace pesar sobre la norma impugnada una “presunción de inconstitucionalidad”. Más adelante, la Corte Suprema pasa revista además de “la doctrina europea” según la cual “la presencia de uno de los motivos enunciados en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el “origen nacional”), hace pesar sobre la legislación que lo incluya una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba.” (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti, Louis Edmond y otros, “*La Convention Européenne des Droits de L’Homme*” 1995, Ed Económica, Paris, comentario al art. 14, p. 477 y autores citados en las notas 6, 7 y 8).

Finalmente sostuvo allí la Corte que “la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podría ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado

---

<sup>32</sup> La norma exige “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero” Hooft había nacido en Holanda, había obtenido ciudadanía Argentina en el año 1965 y era juez penal desde el año 1976.

resguardar y sobre los **medios** que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”.<sup>33</sup>

Así planteaba la Corte Suprema lo que se ha empezado a denominar como “test de Hooff”, estándar estricto de control de constitucionalidad que deber utilizado a la hora de juzgar sobre la validez o invalidez de toda categoría o distinción “sospechosa”.

En efecto, la Corte recurre a dicho test en forma concreta en la reciente causa “Gottschau”.<sup>34</sup> Se trataba de una mujer de nacionalidad Alemana que se había graduado como abogada en la Universidad de Buenos Aires y se había también matriculado en el Colegio Publico de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y que en el año 1999 se había presentado como postulando e un concurso para cubrir cargos de Secretarios de primera instancia en el ámbito del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires. Pero es denegada su solicitud en virtud de que era requisito para concursar el ser argentino nativo o naturalizado. La acción judicial intentada por la Dra. Gottschau, no prospero en primera instancia, tampoco en segunda instancia, ni en el Tribunal Superior de la Ciudad, razón por la cual conoce de la causa la Corte Suprema a mérito del recurso extraordinario federal articulado por aquella. La Corte precisó que la cuestión debía regirse por lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución Nacional y que en el caso no era suficiente la aplicación del mero test de razonabilidad sino que debía aplicarse el control estricto por la presencia de una categoría sospechosa, y lo dijo en estos términos:

---

<sup>33</sup> Esta particular exigencia probatoria tendiente a desactivar la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre la norma fue también sugerida por Bianchi y Gullco como una manera de superar el mero test de razonabilidad en orden a levantar dicha presunción de inconstitucionalidad, pues afirman dichos autores “lo que inspira ambos conceptos –presunción de inconstitucionalidad y test de razonabilidad- es de signo opuesto: desconfianza, en la primera; deferencia, en el segundo. Por eso no son compatibles en el mismo estándar” (ob.cit. pág. 1251).

<sup>34</sup> CSJN Sent. del 8-8-2006 “Gottschau, Evelyn Patricia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, Fallos t. 329.

“5º Que a esta altura podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por la normativa local. Sin embargo, esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” **corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar...**” Incluso la Corte reitera su criterio sobre la prueba estricta que debía producirse para levantar dicha presunción, sobre “los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto... Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación mas exigente que el de mera razonabilidad”. Mas aún la misma Corte confirma todo lo que venimos sosteniendo en el presente trabajo al sostener que el test de razonabilidad, [al cual nosotros llamamos método tradicional] “funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, (y) resulta insuficiente cuando se esta en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa...” y agrega el Tribunal que en casos como este “... se requiere aplicar un escrutinio mas severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado”, refiriéndose a la causa “Hooff”.

Habiendo aplicado en forma concreto el test de Hoff, la norma cuestionada fue declara inconstitucional por la Corte Suprema.<sup>35</sup>

En síntesis, podría afirmarse, como lo hicieron los Dres. Kiper y Giardulli en el conocido caso “Freddo” que “...en el derecho argentino... cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucionalidad”.<sup>36</sup>

Por nuestra parte nos preguntamos si, restricciones como las contenidas en la LRT, no constituyen una efectiva discriminación por el origen y condición social (los trabajadores, como clase social), que activan la aplicación del test estricto de constitucionalidad. Pensamos que sí.

Nuestra opinión no esta huérfana de respaldo normativo supremo. Recordemos que el art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

---

<sup>35</sup> El fallo es suscripto por los Dres Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay. Por su parte la Dra Highton de Nolasco y el Dr. Maqueda, en su voto concurrente, también declaran la inconstitucionalidad de la normativa impugnada por la recurrente, aplicando un “estándar intenso de control en materia de igualdad”, pero sosteniendo que en el caso no regía, en principio, la presunción de inconstitucionalidad de la reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros.

<sup>36</sup> CNCiv, sala H, 16-12-2002, "Fundación de Mujeres en Igualdad y OTro C/Freddo SA S/Amparo"; LL, t. 2003-B, p.968 con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas “Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos”.

del Hombre expresa que “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo **ni otra alguna**”.

El art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe también que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, **origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición**”.

El art. 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos proscribiera cualquier tipo de discriminación no solo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, etc sino también por razones de “**origen.... social, posición económica y cualquier otra condición social**”.<sup>37</sup>

La misma prohibición contiene el art.2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art.2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pensamos que la restricción que se ha impuesto a la clase social trabajadora para perseguir la reparación de daños y perjuicios causados por el trabajo contra su empleador cuando los mismos le son jurídicamente imputables, ya sea en base a un factor objetivo o subjetivo de imputación, en los términos del Código Civil, configura una distinción sospechosa, que debe ser sometida a un test estricto de constitucionalidad.

Ese tipo de distinciones del trabajador respecto del resto de la sociedad, constituye una discriminación que se basa, además de su origen y su condición social, en su posición económica de subordinación (al capital), pues el trabajo asalariado, como todos sabemos, es trabajo subordinado económicamente.

Adviértase que no cuestionamos en abstracto la validez constitucional de cualquier régimen de limitación de responsabilidad, sino la exclusión legal de los trabajadores –por su origen, condición social y posición económica- del régimen

---

<sup>37</sup> Textualmente dice: “Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella ya a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**”.

resarcitorio previsto en el Código Civil, es decir del sistema que al que cualquier otro ciudadano puede acceder, en procura de la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

Por eso pensamos que no es correcto poner en paridad a todos los regímenes limitativos de responsabilidad, para sostener inmediatamente después la validez constitucional *prima facie* de todos ellos.

El régimen de limitación de responsabilidad contenido, por ejemplo, en el derecho aeronáutico, no se basa en una discriminación por un motivo vedado en las normas internacionales citadas. Por eso no debe aplicarse, en ese caso, el método estricto de control de constitucionalidad, como lo proponemos en el presente trabajo, sino el test laxo de razonabilidad.

Distinta es la cuestión, desde nuestro punto de vista, cuando el trabajador, por su mera condición de tal, integra una distinción normativa de carácter restrictivo.

**c) Frente a normas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales:**

Finalmente, se advierte también una incipiente “jurisprudencia” internacional que aplica un criterio de control estricto frente a normas “regresivas” en materia de derechos sociales, económicos y culturales.

Este principio aparece consagrado en el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>38</sup>, en los siguientes términos:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Y más claramente en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>39</sup> que textualmente dispone:

---

<sup>38</sup> También llamada Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en Costa Rica el 22-11-1969. Aprobada por Argentina mediante ley 23.054, e incorporada al bloque de constitucionalidad por conducto del art. 75 inc. 22 CN desde la reforma del año 1994.

“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Con un tono más próximo a la no regresividad que a la progresividad este principio también fue consagrado en el art. 75, inc.23 de nuestra Constitución Nacional, al disponer que corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”<sup>40</sup>

A nivel local, en la Provincia de Buenos Aires el principio fue expresamente consagrado en la Constitución Provincial en su art. 39.3.<sup>41</sup>

En el derecho del trabajo este principio no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias del trabajador alcanzados en un determinado ordenamiento jurídico "y se expresa articuladamente con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma mas favorable y de la condición más beneficiosa".<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Firmado en Nueva York el 19-12-1966, aprobado por Argentina mediante ley 23.313 e incorporada al bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22, párr.2º CN) desde la reforma del año 1994.

<sup>40</sup> En la causa "Milone" y analizando otra cláusula constitucional incorporada por la reforma de 1994, expresó la Corte que "una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta por el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada... por el mandato del art. 75 inc. 23, norma que, paralelamente, asienta **el principio de no regresividad en materia de derechos fundamentales**. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su Art. 11 inc. 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona "a una mejora continua de las condiciones de existencia" (CSJN, 26-10-2004 "Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. ART s/accidente -ley 9688", cons. 6, Fallos 327:4607).

<sup>41</sup> El art. 39. 3 dispone “En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, **progresividad** y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador” (las negritas son nuestras).

<sup>42</sup> Cornaglia, Ricardo. "El ataque el principio de progresividad." Errepar DLE., T. VIII, pag. 178; y especialmente: Cornaglia,Ricardo, "Refoma Laboral. Análisis Crítico...", ed. La Ley, Bs As, 2001, en donde dicho jurista desarrolla plenamente los alcances del principio de progresividad.

En el ámbito del derecho internacional del trabajo tuvo recepción en el apartado 8 del art. 19 de la Constitución de la OIT, por el cual se dispone que la ratificación de un convenio o la adopción de una recomendación del la O.I.T. no puede menoscabar "cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuran en el convenio o en la recomendación".

Y es justamente por aplicación del principio de progresividad, que se exige una carga de justificación mucho más severa de las medidas que puedan catalogarse como "regresivas".

Al respecto dicen Abramovich y Courtis que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha fijado los términos del posible marco argumental del Estado, cuando pretende justificar la validez de una norma regresiva: "por un lado, la medida regresiva solo se justifica si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquella... Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenido de la posible justificación: la medida deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone...". Concluyen los autores citados sosteniendo que "la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad".<sup>43</sup> De modo que, siguiendo a los mencionados autores: "... el impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad, si logra acreditar *prima facie* que dicha norma es regresiva..." agregando que "lo será, en principio, partiendo de la definición del art. 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte

---

<sup>43</sup> Abramovich, Víctor -Courtis, Christian. *Los Derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, págs. 109-111.

menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma”.<sup>44</sup>

Sin duda al voto de los Dres Petracchi y Zaffaroni en la causa Aquino, se desenvuelve también en este terreno al calificar a la Ley de Riesgos del Trabajo como:

*“un retroceso legislativo en el marco de protección” alcanzado, que “pone a esta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular” el cual “está plenamente informado por el principio de progresividad” (considerando 10).*

En dicho voto los Dres Petracchi y Zaffaroni citan la doctrina del órgano de supervisión e interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC)<sup>45</sup> (“interprete autorizado del PIDESC”, conforme lo expresan en el considerando 8), según la cual “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración mas cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3 y Observación General 15)

Más aún, específicamente sobre cuestiones laborales, se cita allí el proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo que es el antecedente de la Observación General (OG) nro.18, aprobada el 24-11-2005.

En esta observación general del Comité, SE reiteró nuevamente, pero ahora con referencia específica a el derecho al trabajo (art. 6 del Pacto) su estándar de interpretación y control de la validez de las medidas regresivas adoptadas por los Estados: “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación a el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 112.

<sup>45</sup> El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas al Consejo en la parte IV del Pacto.

lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por el Estado”.

Aplicado tal principio en un proceso judicial en el cual se discuta la constitucionalidad de una norma que resulte, *prima facie*, regresiva, opera procesalmente como una presunción de inconstitucionalidad, que por otro lado, no puede levantarse con la simple alegación de la razonabilidad de la medida, sino según los estándares estrictos que hemos visto.

Hay que tener en cuenta además que, como lo señalan Abramovich y Courtis, en caso de duda, habrá que estarse contra la validez de la norma regresiva, por aplicación del principio “*in dubio pro justitia socialis*”, al cual la Corte Suprema ha asignado raigambre constitucional en la causa “Berçaitz”.<sup>46</sup>

En un futuro cercano habrá que juzgar la inminente reforma de la ley de riesgos del trabajo, bajo este criterio.

## 5. CONCLUSIONES

Hemos pasado revista a dos test opuestos de control de constitucionalidad. Uno de ellos presume en todos los casos la constitucionalidad de la norma cuestionada. El otro presume, en ciertas circunstancias, su inconstitucionalidad. Asimismo este último exige una justificación más severa de la medida cuestionada.

El control estricto ha sido aplicado, al menos, frente a tres supuestos: a) El caso de las libertades preferidas, b) Frente a distinciones sospechosas y c) Ante normas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales, cuyo núcleo primero lo constituyen los derechos sociales de los trabajadores.

---

<sup>46</sup> “El objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social.... Tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes pues deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con ese sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad...” CS, “Berçaitz, Miguel Angel s/Jubilación, sentencia del 13-09-1974, Fallos 289:430.

Los tres criterios son perfectamente trasladables al ámbito de control de validez de las leyes del trabajo.

En el ámbito nacional se destaca la posición del Dr. Petracchi, quien desde el año 1988 (caso Repetto), hasta la fecha viene sosteniendo la aplicación de control estricto de constitucionalidad en diversos supuestos. Por ello no es casual que el voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni en la causa "Aquino", se desenvuelva en el terreno del sistema estricto de control de constitucionalidad, a partir del reconocimiento del trabajador como un sujeto de preferente tutela constitucional (*preferrend right*, fundada en el art. 14 bis C.N.), y del carácter regresivo del art. 39.1 de la LRT. Por eso dijimos al principio que se trataría de una señal que esperemos se continúe y profundice.

Mientras tanto, teniendo en cuenta la inminente reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo, habrá que analizar cuáles serán los alcances que se asigne al principio de progresividad, pues según lo entendemos, la progresividad o regresividad de una norma no debe medirse exclusivamente en términos de progresión legislativa, sino en relación al marco de protección integral que cierto derecho social logra alcanzar dentro del derecho interno de un estado, lo cual comprende, por supuesto, las medidas de protección alcanzadas en el sistema judicial, es decir la jurisprudencia como fuente de interpretación y aplicación de derechos.

Finalmente, pensamos que tal vez fuera conveniente la consagración de una norma expresa de carácter procesal constitucional en la Ley de Contrato de Trabajo, que imponga un sistema estricto de control de constitucionalidad, en materia de normas regresivas del derecho del trabajo.-