

Judicialización de la protesta sindical en Argentina: Los tribunales como espacio de participación alternativo

Federico Leandro De Fazio

Abogado. Maestrando en Filosofía del
Derecho. Becario de Investigación UBACyT e
Investigador Adscripto al Instituto de Investigaciones
Jurídicas “A. L. Gioja”, Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires. E-mail:
fdefazio@gmail.com.

Resumen

El propósito del presente trabajo es dar cuenta de cómo las nuevas identidades laborales han diversificado la constitución del “mapa sindical” y cómo las instituciones legales han entrado en crisis con la judicialización de los reclamos gremiales. Para ello, no sólo haremos referencia a los principales trabajos empíricos sobre la temática sino que, además ingresaremos, desde la perspectiva del juez, al debate constitucional planteado en los tribunales. Se trata de una investigación documental en la que concluimos que la argumentación constitucional basada en el principio de no discriminación, ha resultado ser una estrategia útil como único medio de obtener protecciones institucionales por parte sectores sindicales alternativos, que se hallaban en conflicto ante situaciones de despido.

Palabras clave: Protesta sindical, igualdad y no discriminación, control constitucional.

Introducción

La idea del presente trabajo es analizar la argumentación constitucional de los tribunales argentinos¹ en los casos de “despido por motivos sindicales”. Así, se verificará cómo el argumento del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación ha tenido un “peso abstracto” tan fuerte que, pese a las diferentes circunstancias, ha sido el principio precedente por sobre la libertad de contratación.

La fuerza justificativa de dicha argumentación ha sido detectada por los colectivos sindicales alternativos, y ha sido utilizada como estrategia para una potencial protección institucional al

¹ Se tomaron sentencias al respecto de la Corte Suprema de la Nación y de la Cámara de Apelaciones en lo laboral de la Ciudad de Buenos Aires.

desarrollo de sus actividades gremiales. De esta manera, el argumento de la no discriminación ha extendido, por conexión, las garantías a la libertad y al ejercicio sindical (específicamente la “tutela sindical”) de representantes de sindicatos “simplemente inscriptos” o, incluso, sobre representantes “de hecho”. La hipótesis que guía al trabajo supone que: *la argumentación constitucional basada en el principio de no discriminación, ha resultado ser una estrategia útil como único medio de obtener protecciones institucionales por parte sectores sindicales alternativos, que se hallaban en conflicto ante situaciones de despidos.*

Para ello analizaremos la situación fáctica que fue configurando nuevas identidades colectivas en el ámbito del trabajo, y cómo estas nuevas identidades vieron en la “judicialización” del asunto, una salida eficaz para obtener tutela institucional (1); las normas que, desde la perspectiva del juez, pretenden validez para los casos de despidos discriminatorios (2) y, finalmente, cómo se desarrolló la argumentación constitucional basada en el principio de la no discriminación en el ámbito de la justicia nacional (3).

1. La situación fáctica: heterogeneidad laboral y nuevas identidades sindicales.

Los diferentes estudios empíricos son unánimes en señalar un marcado proceso de re-estructuración de las identidades laborales que, particularmente, se ha profundizado durante las últimas dos décadas en la Argentina².

Así, los estudios destacan, primeramente, un proceso que transcurre desde principios de los años 90’ hasta la crisis del 2001 signado por un aumento en las tasas de desocupación, de no-registración laboral y de sub-contratación empresarial que conllevó a dos consecuencias principales: 1) Aumento de la precarización laboral, por un lado; 2) Incremento de la heterogeneidad laboral, por el otro. Durante este primer período la actividad sindical en los lugares de trabajo ha quedado notablemente disciplinada y desarticulada de las cúpulas sindicales decisorias. Ello puede evidenciarse en la escasa oposición de base que ha tenido la adherencia de las cúpulas sindicales al proceso de “flexibilización laboral” –y su constitución como “sindicalismo empresario” (Murillo, 1997)– y en la expresa manifestación de una crisis de

² Véase: BASUALDO, Victoria (2012). “Avances y desafíos de la clase trabajadora en la Argentina de la posconvertibilidad”. En: **Derechos Humanos en Argentina Informe 2012**. Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Siglo XXI. ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (Comp.) (2011). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi. AA.VV. (2009). **Senderos bifurcados: prácticas sindicales en tiempos de precarización laboral**. Buenos Aires. Prometeo. FERNANDEZ, Arturo (editor) (2007). **Estado y sindicatos en perspectiva latinoamericana**. Buenos Aires. Prometeo.

legitimidad por parte de aquellos sindicatos que se re-agruparon en la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA).

En un segundo plano, los estudios identifican un posterior período denominado de la “pos-convertibilidad” que va desde el año 2002 hasta nuestros días. Este período se caracteriza por un aumento en el empleo³, una baja en los niveles de “trabajo en negro”⁴, el incremento de los niveles de negociación colectiva, de cobertura convencional de los asalariados y del poder adquisitivo en términos generales⁵. Esto ha reavivado la actividad sindical no sólo en la esfera de las cúpulas sindicales sino, también, en la organización de base. Así, durante este período, se identifica un elevado incremento en la conflictividad sindical a nivel empresa⁶.

Ahora bien, según muestran los estudios, estos conflictos de base no respondieron a movilizaciones orgánicas propiciadas por las conducciones sindicales sino que, por el contrario, se han manifestado, principalmente, de manera espontánea y no institucionalizada por parte de aquellos sectores que se hallaban excluidos de la tradicional protección laboral. La razón cardinal de esa conflictividad se debe a que, para algunos sectores laborales, las principales causas de precarización y heterogeneidad de los trabajadores continuaban vigentes desde la década de los años 90: esto es, la sub-contratación y la persistencia de altos índices de empleo no registrado (Grimson, 2011). Algunos casos paradigmáticos, como los conflictos suscitados en el subterráneo de Buenos Aires⁷, en los ferrocarriles del sur del conurbano bonaerense⁸, en empresas multinacionales como Praxair⁹, Wal-Mart¹⁰ y en los call-centers¹¹, dan cuenta de amplios sectores

³ Según datos oficiales durante la década del 2000 se han originado 4 millones de puestos de trabajo, si se compara con el peor momento de la crisis del 2002 (Basualdo, 2012: 430).

⁴ Se calcula que el empleo no registrado pasó de un 42,6% de los asalariados, en el año 2001, al 35,1% en el año 2010 (Basualdo, 2012: 439)

⁵ Hay que destacar que durante los últimos dos años el poder adquisitivo ha sufrido un desgaste importante producto de la inflación (Basualdo, 2012)

⁶ Se calcula que dos de cada tres conflictos sindicales se sucedieron a nivel empresa. Véase: BASUALDO, Victoria. En: **Derechos Humanos en Argentina Informe 2012**. Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Siglo XXI. y ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (Comp.) (2011). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi.

⁷ Véase: MONTES CATÓ, Juan y VENTRICE, Patricia (2007). “Organización de trabajo, flexibilidad y respuesta sindical en el Subterráneo de Buenos Aires”. **Documentos de Trabajo de Poder y Trabajo**. Buenos Aires. Editorial Poder y Trabajo.

⁸ Véase: FAIRSTEIN, Carolina; MORALES, Diego; ZIMERMAN, Silvina y MEDINA, Maximiliano (2012). “Tensiones sociales y respuestas estatales. Conflictos vinculados al territorio, el suelo, la vivienda y el mercado de trabajo”. En: **Derechos Humanos en Argentina Informe 2012**. Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Siglo XXI.

⁹ Véase: ARECCO, Maximiliano; CABAÑA, Alfredo y VEGA, José (2010). **Nuestra comisión interna: la organización de los trabajadores de Praxair**. Buenos Aires. Tel.

laborales con altos niveles de precariedad laboral. También dan cuenta de reclamos que han respondido como rechazo a la estructura sindical tradicional.

En estos casos, aquellas estrategias de resistencia que se habían desarrollado inicialmente en un marco de clandestinidad (Grimson, 2011:7), sobre todo en sus primeros pasos como organización colectiva, posteriormente viraron hacia una búsqueda de una vía de reconocimiento institucional que aportase garantías legales a sus reclamos (especialmente, la estabilidad en sus empleos). Pero, durante el desarrollo de ese proceso estos colectivos alternativos han encontrado serios obstáculos a la hora de buscar reconocimiento y protección institucional a su organización y actividad sindical. En términos generales, se les ha negado, en primer lugar, reconocimiento en el nivel empresarial a la hora de plantear una mejora; en segundo lugar, han obtenido serias resistencias por parte del sindicato reconocido que pertenece a la actividad donde el reclamo se desarrolla¹² y, en tercer lugar, no han encontrado vías administrativas ciertas que diriman la cuestión (en el marco del Ministerio de Trabajo de la Nación son frecuentes los reclamos judiciales por no inscripción de un nuevo sindicato, por irregularidades en los procesos electorales en la interna sindical, etc.¹³).

Al no hallar, estos colectivos alternativos, canales de participación en la interna sindical ni respuestas por parte de la autoridad administrativa de aplicación, sumado que las patronales han respondido con vehemencia a su surgimiento y a sus reclamos¹⁴ y a que tampoco han podido insertarse con éxito en un debate político más amplio¹⁵, estos sectores han encontrado en la judicialización de la cuestión una canalización institucional que, en algunos casos, garantizó su actividad sindical y sirvió como apertura para fomentar el debate político sobre la cuestión. Uno

¹⁰ Véase: ABAL MEDINA, Paula y CRIVELLI, Karina “Resistencia sindical en el lugar imposible. Los delegados de Wal-Mart Avellaneda”. En: ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (Comp.). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi.

¹¹ Véase: GONZÁLEZ, Andrea (2011). “Redes de resistencia en los call center. La página web de los teleperforados”, en AA.VV. En: ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENENDEZ, Nicolás (Comp.). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi.

¹² Casos de conocimiento público son las resistencias de las cúpulas sindicales a la constitución de espacios alternativos en su ámbito de representación, como en el caso de los trabajadores del subterráneo de Buenos Aires y de los Ferrocarriles del conurbano bonaerense.

¹³ Véase CAMPOS, Luis (2009). “Libertad sindical y mecanismos institucionales de tutela: un análisis crítico a la luz de su eficacia como garantía de los derechos sindicales”. En: ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (Comp.). **La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos**. Buenos Aires. Del Puerto.

¹⁴ Generalmente mediante despidos masivos.

¹⁵ Debido a un solapamiento o estigmatización por parte de los Medios Masivos de Comunicación (Grimson, 2011: 5).

de los ejemplos al respecto, y que será analizado en los sucesivos puntos, son los amparos planteados por despidos discriminatorios.

2. El plano normativo: la reglamentación laboral común y las normas de derecho fundamental.

Al insertarnos en el debate normativo debemos dividir el análisis distinguiendo entre las leyes reglamentarias, por un lado, y los enunciados normativos de derecho fundamental por el otro. Ambos conjuntos normativos reclaman validez para los casos de manera simultánea y, en muchos casos, con resultados contradictorios. En primer lugar, describiremos la reglamentación específica que busca establecer normas incondicionadas para la resolución de casos laborales y en el segundo lugar, daremos un panorama de las normas de derecho fundamental cuyos resultados condicionados se presentan en el caso para su ponderación (Alexy, 2008).

2.1 El despido y la protección sindical

Dos tipos de reglas de Derecho Laboral (derecho común) se insertan en estos debates. Primero, la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT) en cuanto a la situación del despido y, segundo, la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551 (LAS) que establece la “tutela gremial” para los representantes sindicales electos.

La primera cuestión, se reconoce, está prevista por el artículo 245 LCT que regula el despido “sin expresión de causa”. Para dichos supuestos, la regla establece, como compensación, una indemnización tarifada en caso de que el empleador disponga un despido.

Acercas de la segunda norma de derecho común, la doctrina especializada sostiene unánimemente que la estructura reglamentaria de la Ley 23.551 (LAS) tiende hacia la “concentración sindical”; es decir, que la ley fomenta que sólo exista un sindicato por cada categoría laboral a representar. Ello mediante dos mecanismos: 1) la prioridad que les asigna a los sindicatos por actividad¹⁶; 2) la prioridad que se asigna por el sindicato más representativo de la actividad respectiva¹⁷. Ambos puntos tienen en común que resultan ser requisitos esenciales para la consecución de la llamada

¹⁶ La ley otorga prioridad para obtener la “personería gremial” a los sindicatos por actividad. Ello mediante los artículos 29 y 30 donde restringe específicamente tal reconocimiento a los sindicatos por oficio o por empresa.

¹⁷ El artículo 25 de la LAS establece expresamente que el sindicato “que en su ámbito territorial y personal de actuación sea (el) más representativ(o), obtendrá personería gremial”. Esto significa que un solo sindicato será beneficiario de dicha potestad y ello en base al nivel de afiliación que obtente.

“personería gremial”. El instituto de la “personería gremial” implica que, más allá de que pueda existir una multiplicidad de sindicatos para una categoría de representación, un sólo sindicato tendrá, con exclusividad, ciertos derechos vitales para la actividad sindical. Así, el artículo 31 de la LAS concede, únicamente para los sindicatos que obtengan dicho beneficio, la capacidad de intervenir en negociaciones colectivas en representación de todo el colectivo, la garantía de estabilidad absoluta de sus delegados y la facultad de administrar Obras Sociales, entre otros derechos. A ello se le suma que la Ley de Convenciones Colectivas 14.250 (LCC) permite establecer un aporte obligatorio de todos los trabajadores afectados a ese sindicato por vía de convenciones colectivas, independientemente de la afiliación sindical.

Para los casos que serán analizados, resulta significativo resaltar que la Ley 23.551 establece que sólo tendrán protección contra el despido arbitrario aquellos representantes electos que pertenezcan a sindicatos “con personería gremial”. Aquello que se conoce como “tutela gremial” implica que todo representante electo debe ser “desaforado” previamente (por justa causa) de su cargo si se pretende su despido. Esto deja fuera de la protección, obviamente, a los representantes de sindicatos “sin personería gremial” o representantes “de hecho”, quedando regidos por el artículo 245 LCT antes mencionado.

Si comparamos la estructura institucional que establece la Ley 23.551 con la situación fáctica descrita en el punto anterior podemos comprender rápidamente la relación de tensión que hay entre las nuevas alternativas sindicales (con el aumento de conflictividad en el ámbito de la empresa) y el “corset” que la ley intenta establecer a los fines de estabilizar las expectativas sindicales. Atento a las limitaciones que establece la ley, por tanto, las estrategias judiciales de esos colectivos se han desarrollado mediante la crítica ius-fundamental a las leyes específicas, basada en las normas del “bloque federal de constitucionalidad”.

2.2 Los enunciados de derecho fundamental: el caso del principio de no discriminación.

Aquel fenómeno denominado como “proceso de constitucionalización” de las relaciones jurídicas no ha sido ajeno al Derecho del Trabajo. La Tesis de la irradiación de los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico (Alexy, 2008: 465) y de la horizontalidad o efecto entre terceros de los Derechos Fundamentales (Alexy, 2008: 468) se han colado en los debates de doctrina y en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sobre la cuestión. Ello ha significado, para el caso de las relaciones colectivas de trabajo,

que los principios de formalidad (o precedencia a-priori de las reglas de derecho común aplicables) y de libre disposición empresarial del despido (sostenido en el principio de libertad de contratación), deban ponderarse con otros valores o principios opuestos que surgen de los enunciados de derecho fundamental. Los dos principios de derecho fundamental que han sido evocados por los colectivos alternativos en el caso de la judicialización de las actuales relaciones sindicales son: a) el principio de libertad sindical y b) el principio de igualdad y prohibición de discriminación. En este último principio nos focalizaremos.

La CSJN reconoce los siguientes enunciados normativos de derecho fundamental que establecen el derecho fundamental a la no discriminación, tanto en su faz negativa como positiva, en las siguientes cartas de derecho fundamental: artículo 16 de la Constitución Nacional; artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, el Convenio N° 98 de la OIT¹⁸, de carácter supralegal, expresa:

“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (...) b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

De acuerdo a estos enunciados se entiende que se adscribe (Alexy, 2008: 49) la norma que considera discriminatoria, aquellas medidas que hagan diferencia de trato por motivos sindicales. La Corte Suprema reconoce, en ese orden, que la prueba del “motivo sindical” es causa suficiente para juzgar a una acción como discriminatoria, en los términos que lo establece la CN y los Tratados Internacionales¹⁹, y por lo tanto para aplicar la regla más adecuada para concretizar tal principio (el artículo 1° de la Ley 23.592 –“Ley Antidiscriminación”–). En los casos bajo análisis, la argumentación constitucional ha puesto en cuestión a la norma laboral específica

¹⁸ Dicho Convenio fue ratificado por la Argentina el 24 de Septiembre de 1956. Véase: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byCtry.cfm?CTYCHOICE=0020&lang=ES>

¹⁹ Véase: “Álvarez, Maximiliano y otros C/ Cencosud S.A. S/ acción de amparo”, 7 de Diciembre de 2010; Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ sumarísimo”, 23 de Junio de 2011; “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ acción de amparo”, 23 de Agosto de 2011, entre otros.

aplicable para el caso de los despidos (artículo 245 LCT –tarifa del despido–) haciéndole perder su carácter de precedencia *prima facie*, por su carácter formal y específico. Ese desplazamiento de la norma *prima facie* surge como consecuencia de que su aplicación sería una afectación muy intensa sobre un derecho fundamental (el principio de no discriminación), que tiene un “peso abstracto” que torna jurídicamente prohibida su vulneración. Ese “peso abstracto” hace que este principio sea difícil de contrarrestar, en tanto justificación basada en un principio opuesto, incluso ante variadas condiciones.

3. La argumentación constitucional en los tribunales: la precedencia del principio de igualdad y de prohibición de discriminación en sus diferentes variantes.

Como ya se ha sostenido en el punto 2, muchos de los conflictos desatados a nivel de las empresas, encontraron una vía institucional de reconocimiento mediante la “judicialización” de la cuestión. La estrategia de los actores, en este sentido, estaba apuntada a extender el radio de protección legal de los militantes sindicales que se hallaban en conflicto, a los fines de poder hacer efectivo su reclamo sindical. Particularmente, todos los fallos sobre la temática se basan en el análisis de la validez de los despidos, cuando se prueba que fue como consecuencia inmediata de la actuación sindical del actor.

En términos normativos, la ponderación a efectuar por parte de los tribunales, es juzgar con qué intensidad son afectados los principios que colisionan (no discriminación - libertad de contratación) y el peso que estos tienen. Cada principio será afectado o desarrollado por la aplicación concreta de una regla (artículo 1° de la Ley 23.592 o 245 LCT, respectivamente), por ello los jueces deberán decidir, con carácter previo, qué principio pesa más para el caso en concreto.

En términos fácticos, la victoria judicial de los actores rompería con algunas de las limitaciones, que la Ley 23.551 establece para sus acciones sindicales. Particularmente, los casos a ser analizados extenderán, gracias al argumento de igualdad y prohibición de discriminación, los derechos sindicales de delegados y representantes de asociaciones sindicales sin “personería gremial” (“simplemente inscriptas”) (3.1), por un lado, y a aquellos militantes sindicales que no pertenezcan a ninguna entidad gremial reconocida (“delegados de hecho”) (3.2), por el otro.

A través de estos casos, se demostrará que en la argumentación constitucional el “principio de igualdad y prohibición de discriminación” tiene un “peso abstracto” sumamente importante, atento a que tiene altas probabilidades de precedencia ante condiciones diversas (Alexy, 2008: 87). En los casos referidos a despidos discriminatorios veremos como éste principio, gracias a su “peso abstracto”, no sólo tiene precedencia *prima-facie* en una ponderación hipotética, sino que, y como consecuencia de ello, establece nuevas dinámicas probatorias y argumentativas.

3.1 La no discriminación y la extensión de la protección sindical a representantes de entidades simplemente inscriptas.

En el año 2010, la CSJN dictó el fallo “Álvarez, Maximiliano y otros C/ Cencosud S.A. S/ Acción de amparo”. Allí se presentaron 6 actores que habían sido contratados por la empresa “Easy” bajo la categoría de “asesores”. Dicha categoría no estaba contemplada por el Convenio Colectivo 130/75 de Comercio y los actores entendieron que se trataba de una categorización fraudulenta, pues, sostenían que sus labores sí estaban previstas por el Convenio mencionado.

Los actores intentaron, primeramente, propiciar un reclamo gremial a través de su incorporación en calidad de afiliados al sindicato de comercio. Sin embargo, dicho sindicato les denegó el pedido de afiliación. A partir de allí, comenzaron a proveer los medios para constituir un sindicato propio, que culminó en la inscripción del “Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio”, siendo los actores de la causa bajo examen integrantes de la comisión directiva de este nuevo sindicato. Tras haber institucionalizado su agremiación, las autoridades del nuevo sindicato procedieron a presentar una nota ante la empresa “Easy”, a los fines de que se les reconociera la categoría convencional prevista y se les pagaran las diferencias salariales adeudadas. Pocos días después, la empresa envió a los actores los respectivos telegramas, donde se les informaba de sus despidos sin invocación de causa alguna.

A raíz de ello, los actores entablaron una demanda por reinstalación en sus puestos de trabajo, fundamentado en los enunciados de derecho internacional, constitucional y el artículo 1° de la Ley 23.592 (“Ley Antidiscriminación”), con el argumento de que los despidos tenían un carácter discriminatorio. Luego de sucesivos éxitos en las primeras dos instancias, y de que la demandada planteara un Recurso Extraordinario Federal, la Corte Suprema de la Nación tomó el caso y confirmaría las sentencias recurridas.

La Corte emprendió su argumentación partiendo de interrogarse si la reinstalación que exigiría la aplicación del artículo 1° de la Ley 23.592 es proporcional, en el caso concreto, con el derecho de libertad de contratación establecido por el artículo 14 de la Constitución. Para ello, debía ponderar el principio en el que se basa la regla citada, es decir, el principio de no discriminación (P1) con el principio de libertad de contratación (P2).

La Corte resuelve el caso dándole precedencia a P1, en base a los siguientes argumentos: 1) El principio de no discriminación se presenta como uno de los estándares más fundamentales de todo el *ius cogens* internacional (Cond. 4°). Esto significa que, de interpretar integradamente a los Derechos Fundamentales, P1 sería uno de esos pocos derechos, contra el cual existen muy pocas (o nulas) razones justificadas para no ser aplicado en un caso concreto²⁰. El “peso abstracto” de este principio, continúa la Corte, trae como consecuencia una “carga en la argumentación” del principio que se le contraponga. En este caso, quien reclame la precedencia de P2 debería justificar que este principio tiene una primacía, en el caso concreto, por sobre el deber de no discriminar (cosa que según nuestro derecho constitucional, de acuerdo a la interpretación de la CSJN, se hallaría prohibido). Dice expresamente el voto de la mayoría: “(no) es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica (...)” (CSJN, 2010: considerando, 10).

2) El “peso abstracto” se halla robustecido, para el caso concreto (relación laboral), si se considera que la Constitución Nacional declara a la persona trabajadora como “sujeto de preferente tutela constitucional”, indicando, así, una estimación especial por la dignidad de éste. Dice expresamente:

“La defensa en estudio (elevada por la parte empleadora) parece responder a una concepción instrumental del trabajador (...). Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige (...). El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (...)” (CSJN, 2010: CONSD. 10).

De acuerdo a esos argumentos, notamos que de ser aplicada la legislación laboral común referida al despido (artículo 245 LCT), el principio de más peso en la ponderación (P1) se hallaría ante

²⁰ Ello no implica que el derecho sea absoluto, válido a priori, sino que es altamente probable que tal principio sea el que reciba mejores argumentos en caso de una ponderación (ALEXY, 2008: 89)

una interferencia muy intensa. Por tanto, y considerando, además, que en caso de violación a derechos humanos el texto de los Tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹ mandan a reparar plenamente con la “restitución” al estado anterior al hecho (siempre que sea fácticamente posible), la CSJN no encuentra incompatibilidad constitucional de la regla que obliga a nulificar el despido en los términos del artículo 1° de la Ley 23.592.

De esta manera, la CSJN, con base al argumento de la no discriminación, extiende “tutela sindical contra el despido arbitrario” a aquellos representantes de sindicatos “simplemente inscriptos” favoreciendo, por conexión, a la garantía de “libertad sindical”.

3.2 La no discriminación y la extensión de la protección sindical a representantes sindicales “de hecho”.

En el año 2006, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) dictó el fallo “Parra Vera, Máxima C/ San Timoteo S.A. S/Amparo”. Allí se había presentado una trabajadora (Parra Vera) solicitando la nulificación del despido motivado por cuestiones sindicales, también amparándose en la Constitución, las normas internacionales y el artículo 1° de la Ley 23.592. En este caso se trataba de una enfermera de una clínica que si bien no era delegada electa, tanto del sindicato con “personería gremial” como de un sindicato “simplemente inscripto”, había tomado parte en determinadas acciones sindicales como consecuencia de un reclamo generalizado por modificaciones en el horario de trabajo, como así también, en la extensión de la jornada. Luego de una sucesión de reclamos (que se suscitaron en denuncias y audiencias conciliatorias en el MTySS) la empresa le ofreció la oportunidad de un “retiro voluntario” a la actora, quien luego de no aceptarlo resultó ser despedida por motivos de “reestructuración empresarial”.

Como vemos, aquí no se trata de amparar a una persona que pertenece a un gremio en particular, sino a una persona que ejerció actividades sindicales. El voto de la mayoría en la cámara entendió que una vez aportados indicios ciertos, por parte de la actora, de que su despido se debió a sus “acciones sindicales” debe considerarse la potencial aplicación del principio de igualdad y no discriminación que el *ius cogens* internacional y la normativa constitucional reconocen como Derecho Fundamental. Y ello sin perjuicio de que la actora no tuviera un cargo institucionalizado

²¹ Véase: CIDH, Baena, Ricardo y otros C/ Estado de Panamá, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72.

dentro de alguna formación sindical. En este sentido resalta el voto de la mayoría que: “Es menester destacar que, sin perjuicio de la acción de los representantes del sindicato y de la comisión interna, actos como los realizados por Parra Vera coadyuvan a la defensa del interés colectivo de los trabajadores, más allá de su afiliación sindical, constituyendo, por ende, el ejercicio de derechos incluidos en la libertad sindical” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 2006: considerando 11).

De probarse que el despido se basó en motivos sindicales la discusión normativa redundaría, al igual que en el caso anteriormente analizado, en determinar si la reinstalación en el puesto de trabajo, como medio idóneo para desarrollar el principio a la igualdad y no discriminación (P1), es proporcional con la libertad de contratación de la parte empleadora (P2). La cámara esgrime los mismos argumentos que la CSJN dio en el caso “Álvarez”: 1) por un lado, que razones de libertad y potestad empresarial no pueden justificar la discriminación de personas. Como ya se sostuvo, el “peso abstracto” de P1 torna jurídicamente prohibida su vulneración en las más variadas condiciones. 2) Para el caso concreto, P1 se ve robustecido atento a ser una relación de trabajo las que, según la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, tienen al trabajador como “sujeto de preferente tutela” por ser la parte más débil de la relación contractual. Asimismo, la Cámara hace expresa que la primacía *prima facie* de P1 genera nuevas dinámicas probatorias. En efecto, la vulneración de P1 exige que una vez probado, por parte de la accionante, indicios ciertos sobre el motivo discriminador del despido, la carga probatoria se invierta y la empleadora se halle ante la obligación de justificar que el despido se debió a otras razones. No pudiendo justificarlo en el caso concreto, el tribunal le otorgó la debida precedencia a P1 aplicando la regla que lo torna efectivo (el artículo 1° de la Ley 23592).

Al igual que en el caso analizado anteriormente, la cámara, basándose en el argumento de la no discriminación, extiende “tutela sindical contra el despido arbitrario” a aquellos representantes “de hecho” en los reclamos laborales ampliando aún más la garantía de “libertad sindical” en el ámbito de la empresa. Resulta importante destacar que el caso fue apelado a la CSJN quien confirmó la sentencia remitiendo a los fundamentos dados en “Álvarez, Maximiliano C/ Ceconsud”.

Reflexiones finales

De acuerdo a lo desarrollado podemos extraer las siguientes reflexiones. En primer lugar, debe destacarse que los despidos por motivos discriminatorios implican un caso de argumentación constitucional, que no sólo toma en serio a los derechos fundamentales sino que, además, da cuenta de la dimensión de validez sustancial que el derecho lleva aneja en su propio concepto (Alexy, 1992). En segundo lugar, es importante señalar la relevancia que ha tenido el principio de no discriminación, en esa argumentación constitucional. Pudo notarse como el “peso abstracto” de este principio, dentro de una lectura integral del “bloque de constitucionalidad”, prima ante variadas condiciones. En tercer lugar, pudo mostrarse las conexiones entre el derecho a la no discriminación y la garantía a la libertad sindical. La importancia adquirida en estos casos del principio de no discriminación extendió, a su vez, al principio de libertad sindical lo cual colabora en el caso en concreto a darle más peso. De esta manera, la cobertura institucional contra el despido por acciones sindicales se extendió, por vía jurisprudencial, a los representantes electos de los “sindicatos simplemente inscriptos” como, asimismo, a los “delegados de hecho”. En términos prácticos, la “judicialización” de la cuestión ha funcionado como un canal de participación democrática (no electoral), en tanto incluyó en la argumentación sobre las normas a quienes estaban excluidos tanto del régimen formal como del debate público-político. La justicia, en este caso como en otros (vivienda, salud, etc.), termina asumiendo numerosas situaciones que son soslayadas o directamente obturados por los órganos representativos, reivindicando, en términos de derechos, las garantías mínimas del sistema democrático (la no discriminación, la libertad de asociación, la libertad sindical y de expresión). Específicamente, en los casos señalados el argumento de igualdad y no discriminación ha sido la clave normativa de una estrategia sindical orientada a realizar fácticamente sus garantías sindicales. La determinación y alcance de esos derechos a través de ponderaciones, quedan estipulados para el futuro como una regla específica que señala la ponderación correcta. Ello efectivamente ha realizado la Corte cuando resolvió todos los casos acumulados sobre “despidos discriminatorios” remitiendo al caso “Álvarez” (con excepción de aquellos que no conseguían probar efectivamente el motivo discriminatorio del despido²²), fijando así un criterio cierto para los próximos casos.

²² Véase: CSJN, “Pellejero, María Isabel S/ amparo”, 7 de diciembre de 2010.

Referencias Bibliográficas

AA.VV (2009). **Senderos bifurcados: prácticas sindicales en tiempos de precarización laboral**, Buenos Aires, Prometeo.

ABAL MEDINA, Paula y CRIVELLI, Karina (2011). “Resistencia sindical en el lugar imposible. Los delegados de Wal-Mart Avellaneda”. En: ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (Comp.). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi. Pp. 9-74.

ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (comp.) (2011). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2010). **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid. Trotta.

ALEXY, Robert (1992). **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona. Gedisa.

ALEXY, Robert (2008). **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

ARECCO, Maximiliano; CABAÑA, Alfredo y VEGA, José (2010). **Nuestra comisión interna: la organización de los trabajadores de Praxair**. Buenos Aires. Tel.

BASUALDO, Victoria (2012). “Avances y desafíos de la clase trabajadora en la Argentina de la posconvertibilidad”. En: **Derechos Humanos en Argentina Informe 2012**. Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Siglo XXI. Pp. 429-460.

CAMPOS, Luis (2009). “Libertad sindical y mecanismos institucionales de tutela: un análisis crítico a la luz de su eficacia como garantía de los derechos sindicales”. En: ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (Comp.). **La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos**. Buenos Aires. Del Puerto.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ acción de amparo”. 14 de Junio del 2006.

CLÉRICO, M. Laura (2009). **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires. Dpto. Publicaciones UBA-Eudeba.

CONVENIO OIT N° 98.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Álvarez, Maximiliano y otros C/ Cencosud S.A. S/ acción de amparo. 7 de Diciembre de 2010

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ sumarísimo. 23 de Junio de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ acción de amparo. 23 de Agosto de 2011

FAIRSTEIN, Carolina; MORALES, Diego; ZIMERMAN, Silvina y MEDINA, Maximiliano (2012). “Tensiones sociales y respuestas estatales. Conflictos vinculados al territorio, el suelo, la vivienda y el mercado de trabajo”. En: **Derechos Humanos en Argentina Informe 2012**. Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Siglo XXI. Pp. 257-324.

FERNÁNDEZ, Arturo (2007). **Estado y sindicatos en perspectiva latinoamericana**. Buenos Aires. Prometeo.

GONZÁLEZ, Andrea (2011). “Redes de resistencia en los Call Center. La página Web de los teleperforados”. En: ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (Comp.). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi. Pp. 205-222.

GRIMSON, Alejandro (2011). “Prólogo”. En: ABAL MEDINA, Paula y DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (Comp.). **Colectivos resistentes: procesos de politización de trabajadores en la Argentina reciente**. Buenos Aires. Imago-Mundi. Pp. 1-8.

LEY NACIONAL DE CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO (Argentina) N° 14.250).

LEY NACIONAL DE CONTRATO DE TRABAJO (Argentina) N° 20.744.

LEY NACIONAL DE ASOCIACIONES SINDICALES (Argentina) N° 23.551.

MONTES CATÓ, Juan y VENTRICI, Patricia (2007). “Organización de trabajo, flexibilidad y respuesta sindical en el Subterráneo de Buenos Aires”. En: **Documentos de Trabajo de Poder y Trabajo**. Buenos Aires. Editorial Poder y Trabajo.

MURILLO, M. Victoria (1997). “La adaptación del sindicalismo argentino a las reformas de mercado en la primera presidencia de Menem”. En: **Revista Desarrollo Económico**. Buenos Aires. Vol. 37. N° 147. Oct.-Dec. 1997.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Baena, Ricardo y otros C/ Estado de Panamá. Sentencia del 2-2-2001. Serie C N° 72.