

XVI JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Modelos de libertad sindical en el Río de la Plata

El modelo sindical argentino: “Modelo para armar”¹

Por David Duarte

I. Introducción. II. La declaración de inconstitucionalidad del art. 41 de la ley sindical. III. Los Derechos Fundamentales afectados. II. La declaración de inconstitucionalidad del art. 41 de la ley sindical. IV. El desarrollo progresivo de la libertad sindical y el compromiso de los Estados. V. Jerarquía constitucional y operatividad del Convenio n° 87 en el derecho interno jaquean el régimen legal de Asociaciones Sindicales. VI. Las dimensiones individuales y sociales del derecho de asociarse y su proyección protectora a los delegados de sindicatos simplemente inscriptos. VII. Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción. VIII. El criterio de interpretación del sindicato más representativo de los órganos de la OIT no afecta la unidad sindical ni promueve la atomización. IX. Tutela de la representación gremial de sindicatos simplemente inscriptos. X. Necesaria adecuación y armonización del amparo sindical (art. 47, LAS) con el art. 43 de la Constitución Nacional. XI. Conclusión.

I. Introducción

El Modelo sindical argentino es llamado de “unicidad promocionada”, pues su legislación promueve la existencia de la unidad de los trabajadores y por ende la de su representación, ello que supone mayor poder de conflicto y con ello una mejor defensa de los derechos de aquéllos. Esta cadena de suposiciones se debilita en la medida que se la puso en funcionamiento. No hay que olvidarse que esa estructura monolítica antes que servir a una fuerte oposición a la oleada flexibilizadora de los años noventa, que dañaba letalmente a los intereses de los trabajadores, sirvió de contención a la protesta de las bases, y hasta promocionó ese deterioro, basta con recordar el apoyo de la Confederación General del Trabajo al “Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social (sucrito el 25 de junio de 1994) que fue la plataforma de lanzamiento de la mayor retrogradación del Derecho del Trabajo en Argentina. Ese pacto fue sellado con vigencia de la Ley de Asociaciones Sindicales (n° 23.551) que diseñó el modelo sindical tradicional. La sanción de esta normativa gremial fue en el 1988, en un contexto político y social bastante particular, pues salíamos de la última dictadura con un movimiento obrero dismantelado en las bases, en donde se produjo la mayor cantidad de desapariciones de personas, lo que no sucedió así con los que estaban en la dirigencia más encumbrada, salvo, por cierto, notables excepciones. Es decir, se

¹ El sub-título está copiado deliberadamente de la expresión utilizada por Antonio Baylos en su libro “Derecho del Trabajo: Modelo Para Armar” quien citaba a Julio Cortázar diciendo “El subtítulo: ‘Modelo para armar’ podría llevar a creer que las diferentes partes del relato se proponen como piezas permutables, Si algunas lo son, el armado a que se alude es de otra naturaleza, sensible ya que en el nivel de la escritura donde recurrencias y desplazamientos buscan liberar de toda fijeza causal, pero sobre todo en el nivel del sentido, donde la apertura a una combinatoria es más insistente e imperiosa. La opción del lector, su montaje personal de los elementos del relato, será en cada caso el libro que ha elegido”.

reconstruyeron los canales democráticos y de participación luego de muchos años de terror, sin los destacados militantes sindicales de otros tiempos y sin que se hubiese generado un recambio natural de la cúpula dirigente.

Con la reforma del poder constituyente en agosto de 1994², aparece un cambio institucional y político trascendente, la incorporación de los documentos internacionales de Derechos Humanos³, como reacción al terrorismo de Estado y un sello de nunca más al totalitarismo. Este cambio penetra en las raíces de la sociedad y es un rediscusión en las relaciones de poder que no es neutral. Replantea el ordenamiento jurídico argentino interno en todas sus manifestaciones, pues los textos legales de rango inferior, en su mayoría, venían pergeñados por gobiernos de facto y tolerados por los gobiernos constitucionales posteriores, con el argumento de no provocación de una crisis institucional si se modificaban todas las leyes de facto en el mismo momento, pero la consecuencia fue que se mantuvo un modelo ajeno a los nuevos tiempos. En este contexto, fue que la incorporación de las normas internacionales de Derechos Humanos, a su vez en los términos y condiciones de su vigencia, con interpretaciones y aplicaciones propias de los organismos internacionales, pusieron en cuestión todas aquellas normas que se oponen al proyecto de la Constitución Nacional. Los aspectos son muchos y variados, en esta oportunidad parece oportuno señalar que en las actuales condiciones de nuestro país aquél “Modelo Sindical Argentino” ya no resiste esta nueva realidad.

El tradicional “Modelo” empezó a remozarse por distintas manifestaciones de los trabajadores que intentan abrirse paso a nuevas expresiones sindicales, pese a diferentes reacciones. El avenimiento de estas expansiones opuestas a las habituales encontraron respaldo en los documentos internacionales, tanto en los de la OIT como los de los Derechos Humanos, que se integraron al ordenamiento jurídico en la cúspide de la pirámide jurídica y que ahora adquieren relevancia con ese renovado diseño del texto constitucional al ser receptados por la jurisprudencia para solucionar casos concretos, y especialmente con el reciente fallo “ATE”⁴ (caso sumamente trascendente en materia de Libertad Sindical), pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

El criterio desarrollado por la Corte en el mencionado precedente (“ATE”), tiene la particularidad que en su formulación, sobre el principio de Libertad Sindical, intervinieron los tres poderes del Estado. No se trató de posicionar tensiones en torno a la preeminencia de un poder sobre otro sino del equilibrio que debe existir en una República y la función de cada uno de ellos. La cabeza del Poder Judicial cumple un rol esencial en la interpretación y aplicación en el caso concreto de los Derechos Fundamentales, que por ser supremo (el órgano encargado de realizarlo como los derechos tratados y realizados en el pronunciamiento), basta con acatarlo y pensar en la adecuación de las normas inferiores; pues el contenido de los derechos los da la

² Texto ordenado por la Convención Nacional, Paraná, Santa Fe, agosto de 1994, BO 23/08/1994.

³ Utilizamos la expresión “documentos internacionales”, porque la Constitución Nacional Argentina incorporó a su texto una serie de instrumentos que no se agotan en “Tratados”, sino también “Pactos”, “Declaraciones” y “Convenios”, que habitualmente se los mencionan como “Tratados”, sin embargo su estructura es diferente, aunque para el caso sus efectos son similares.

⁴ CSJN sentencia del 11/11/2008, in re “Asociación Trabajadores del Estado c/ Estado Nacional, cfr.: <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html> . Ver nuestro comentario en : Duarte, David “El modelo sindical argentino: "Modelo para armar"” Abeledo Perrot, Citar Lexis N° 0003/014162. Jurisprudencia Anotada 18-12-2008 D-3er-dic. 8.

constitución⁵ y su interprete final se ha pronunciado con la ecuanimidad indispensable en un Estado Social y Democrático de Derecho.

La Libertad Sindical debe ser considerada un tema cardinal del Derecho del Trabajo, no solamente del derecho colectivo del trabajo, pues entendemos que “la invención de lo colectivo” (Supiot)⁶ es imprescindible en la evolución del derecho individual de trabajo. También resulta relevante destacar las posibilidades de desarrollo de la democracia participativa y plural, con proyección en el operable fortalecimiento de la base en la estructura sindical argentina, que por cierto no se encuentra tanto en un modelo legalmente determinado, sino en lo que los propios trabajadores estén dispuestos a construir. No está de más agregar que los derechos fundamentales, como el de “Libertad Sindical”, están transitando por andariveles superiores a lo que hasta ahora se venía respondiendo en la coyuntura desde la legislación común argentina y la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

Por esa razón, desde la óptica constitucional, con la sustanciosa serie de documentos internacionales de Derechos Humanos incorporados al texto de la Carta Magna, la lectura del ordenamiento inferior no puede hacerse prescindiendo de ese valioso dato. Menos aún al encontrarse en la cúspide del ordenamiento y siendo todos ellos una expresión de los derechos y garantías de las personas que se dirigen a los poderes del Estado, y a su vez, involucra a todos los particulares en su relación horizontal. Hay más, continúa en el escalón siguiente, los restantes instrumentos internacionales (entre los que se encuentran los Convenios de la OIT) por encima de las leyes internas, produciendo un salto cualitativo en el ordenamiento jurídico interno. Ese remozamiento del Derecho del Trabajo se agiganta porque además, la categorización superior, reconoce también a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y las opiniones de sus órganos encargados de interpretarlos. A esa nueva estructura se le suma la exégesis elaborada por la nueva integración de la Corte, en casos concretos desde el año 2004⁷. De tal modo que se realizan plenamente el contenido de aquellos derechos, abandonando la quietud de una mera expresión de deseos estampada en un hermoso cartulario, para ser un derecho vivo y en avance progresivo, de tal forma que nos inspiró para afirmar que “el modelo sindical argentino”, ha quedado como un “Modelo para armar”.

II. La declaración de inconstitucionalidad del art. 41 de la ley sindical.

⁵ CSJN en el caso “Vizotti” (considerando 8º) y “Madorrán” (considerando 10º)
<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>.

⁶ La especialidad técnica del derecho del trabajo reside en la invención de la dimensión colectiva como objeto de análisis jurídico de la relación de trabajo como señala A. Supiot, “Critique du droit du travail”, Presses Universitaires de France París, 1994, pág. 124

⁷ CSJN in re: “Vizotti”, “Aquino”, “Milone”, entre muchos otros.
<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

El art. 41, inc. a,⁸ de la Ley de Asociaciones Profesionales de Trabajadores (LAS, n° 23.551), fue declarado inconstitucional, por la Corte, porque vulnera el derecho a una organización sindical libre al exigir estar afiliado *"a la respectiva asociación sindical con personería gremial"* para ser elegido *"en comicios convocados por ésta"*. En el caso se decidió un conflicto desatado en el ámbito de trabajadores del sector público por una asociación gremial simplemente inscripta (sin personería gremial) que convocó a elección de delegados, en un ámbito donde preexistía otra entidad que ya contaba con personería gremial.

El fallo sostuvo que la mentada norma sindical, de rango inferior, mortifica la libertad, de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta. En segundo término, la libertad de esta última, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para las que fueron creadas. El tema atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos.

Las reflexiones del fallo mencionado también apuntaron a la falta de existencia de razón alguna que haga que la limitación legal impugnada resulte necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos. Antes bien, si algo exige, es que el modelo que adoptó permeabiliza los vínculos asociativos, sobre todo aquellos que, como los sindicales, están llamados a coadyuvar, de manera notoria, en la promoción del "bienestar general". La norma desconoció el derecho de ATE a intervenir en la celebración de los comicios de delegados del personal en el ámbito del Estado, con base en que, pese a comprender dicho ámbito de actividad, no gozaba en éste de personería gremial⁹. El texto legal cuestionado desconoció a todos los "trabajadores" el derecho a establecer una "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción", tesitura que se proyecta sin ambages a todos los ámbitos –público y privado–, pues el fundamento radica en la concepto de "libertad sindical" en sentido general.

⁸ **Artículo 41.** — *Para ejercer las funciones indicadas en el artículo 40 se requiere:*

a) Estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por éstas, en el lugar donde se presten los servicios o con relación al cual esté afectado y en horas de trabajo, por el voto directo y secreto de los trabajadores cuya representación deberá ejercer. La autoridad de aplicación podrá autorizar, a pedido de la asociación sindical, la celebración en lugar y horas distintos, cuando existiere circunstancias atendibles que lo justificaran.

Cuando con relación al empleador respecto del cual deberá obrar el representante, no existiera una asociación sindical con personería gremial, la función podrá ser cumplida por afiliados a una simplemente inscripta.

⁹ El fallo lo firman los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco; Fayt; Petracchi; Maqueda y Zaffaroni. La juez Argibay no intervino en el pronunciamiento.

En razón de lo expresado, se concluye que el reproche legal, si bien dictado en un caso vinculado con el sector público, se extiende también al privado, pues cuando se examina la LAS, nunca se hizo distinción, por lo que no habría razón para hacerlo ahora que se la ha cuestionado, salvo desde el lugar de quienes defiende un interés sectorial y de coyuntura, que es razonablemente plausible, aunque no aceptable desde el punto de vista jurídico. Esto es así porque la inconstitucionalidad declarada en el fallo sobre la elección de delegados, tiene por telón de fondo una de las tantas incompatibilidades de la ley local con los principios de la libertad sindical. Es decir, la preferencia excesiva por el sindicato con personería gremial transmisible a cualquier ámbito, con autonomía suficiente como para que se mantenga tanto en la esfera pública como en la privada, pues el ámbito donde deba aplicarse dicho criterio no altera el contenido de la libertad y representación sindical desarrollados en el fallo.

III. Los Derechos Fundamentales afectados

El criterio decimonónico fundante del derecho a la “libertad de asociación” se asienta en dos inescindibles dimensiones que se manifiestan tanto en el plano individual como el social¹⁰, ese semblante evolucionado en los hechos como consecuencia de la solidaridad de los trabajadores, expresa en la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, una profundización de la llamada libertad sindical. De todo ello, da cuenta una sucesión ininterrumpida de numerosos instrumentos internacionales que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo) y que la Corte extrajo los derechos vinculados con el caso, a saber:

1. Toda persona tiene el derecho de asociarse para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden sindical¹¹.
2. La libertad de asociación pacífica y prohibición de pertenencia obligatoria a una asociación y que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses¹².
3. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses¹³.
4. El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales¹⁴.
5. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines laborales¹⁵.
6. Los trabajadores tienen garantizado la "organización sindical libre y democrática"¹⁶.

A su vez, las variadas modalidades de la libertad sindical se detallan en:

¹⁰ Art. 14 de la Constitución Nacional de 1853-1860 que regula el Derecho a Asociación

¹¹ Art. XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

¹² Art. 20 y 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

¹³ Art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

¹⁴ Art. 8.1.a. del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁵ Art. 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

¹⁶ Art. 14 bis de la Constitución Nacional, introducido en 1957

1. Derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos¹⁷.
2. Nada de lo dispuesto por el Pacto autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías¹⁸.
3. Derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses¹⁹ y la prohibición de la pertenencia compulsiva a un sindicato²⁰.

IV. El desarrollo progresivo de la libertad sindical y el compromiso de los Estados

Los textos de rango superior, mencionados en el párrafo anterior, tributaron al desarrollo progresivo de un designio que ya revistaba en el acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con el Tratado de Paz de Versalles (1919), en la que Argentina es miembro desde los orígenes, en cuanto reconoció al principio de libertad sindical como un requisito indispensable para "la paz y armonía universales"²¹ y que la libertad de asociación es esencial para el progreso constante que fueron reafirmados con, no sólo los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT, sino, "en especial" (por la Declaración de 1998)²².

Con tales instrumentos el pronunciamiento de la Corte en el caso "ATE" recordó que, *"al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas"*; afirmó que: *"esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización"*, y declaró que *"todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a*

¹⁷ Art. 8.1.c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁸ Art. 8.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁹ Art. 8.1.a del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)

²⁰ Art. 8.3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)

²¹ Sección I de la Parte XIII del Tratado de Versalles, de 1919, y contenido en el Preámbulo de su Constitución

²² I, b. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, adoptada en 1998

*los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios", inter alia, "la libertad de asociación y la libertad sindical"*²³.

La profundidad de análisis del máximo Tribunal desde una óptica de avanzada en la progresividad de los Derechos Humanos en el Derecho del Trabajo, se muestran como categoría conceptual de tercera generación de los derechos fundamentales -que algunos todavía les cuesta aceptar, o no quieren asimilar- se instalaron en un terreno (el derecho colectivo) donde estaba cerrado (o contenido) el debate, con algunas cuestiones rayanas en el mito, que impedían abrir la discusión de la situación real de los trabajadores y las posibilidades de partición democrática y plural en la estructura y la acción sindical.

Algunos han reprochado a los lineamientos expuestos por la Corte en el fallo "ATE" un contenido netamente liberal. Sin embargo, a poco que se examina la evolución de los Derechos Humanos (en este momento de la historia) advertirá que el pensamiento liberal fue superado por los acontecimientos que sobrevinieron en los siglos diecinueve y veinte, más allá de la utopía que algunos mantengan. Y que la oleada neoliberal de los años ochenta no logró derribar la construcción de los derechos sociales consagrados en el Tratado de Paz de Versalles (1919) y la expansión a escala planetaria del Constitucionalismo Social. Tampoco se ha conmovido la proyección de los Derechos Humanos instalados en la conciencia jurídica universal, después de la segunda guerra mundial, como escudo frente a cualquier intento de totalitarismos. Estos Derechos Humanos, hoy consagrados en nuestra Carta Magna, como expresión de "nunca más" a la dictadura cívico militar del pasado, han servido para demostrar jurídicamente que no es posible concebir una sociedad que se rija por las leyes del mercado²⁴, sin perjuicio de la demostración palpable del fracaso de las concepciones económicas liberales expresadas en el consenso de Washington, de lo que da cuenta los últimos acontecimientos internacionales que son públicos y notorios. Esta evolución histórica superadora del liberalismo no hubiese sido posible sino a partir de los principios de igualdad, libertad y fraternidad, pues son la base de la construcción de una sociedad libre, que ésta última no puede ser concebida de otra manera que con justicia social y que cualquier concepción de gobierno debe respetar los Derechos Humanos Fundamentales y todo ello sólo es realizable en un Estado Social y Democrático de Derechos.

V. Jerarquía constitucional y operatividad del Convenio n° 87 en el derecho interno jaquean el régimen legal de Asociaciones Sindicales

Existe una evidente evolución en la jurisprudencia del alto Tribunal, superadora de precedente anteriores²⁵, en lo que respecta a los criterios de armonización del Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (N° 87) de cuyo reconocimiento de una jerarquía superior después de la reforma constitucional de 1994, pone en cuestión todo el llamado Modelo Sindical plasmado en el derecho positivo en el año 1988 a través de la LAS (n° 23.551) e invita a desarrollar una adecuación de su texto, o al menos, mientras esto no suceda, su interpretación no podrá ser la misma.

²³ Apartados 1, a y b, y 2.a -el Anexo prevé, además, un régimen de seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

²⁴ CSJN in re "Vizzoti" y "Aquino", entre otros. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

²⁵ CSJN, in re "Outon" ver Fallos: 267:215, 223 -1967. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

La ratificación del Convenio 87 (en 1960), comprendido en la citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998), bastaría para admitir su rango superior a las leyes, sin perjuicio de ubicar al mencionado Convenio n° 87 en dos Pactos con jerarquía constitucional²⁶. Con ello, la Corte reiteró que constituye un método poco recomendable de exégesis normativa vaciar a éste de contenido o de privarlo de todo efecto útil²⁷ e insistió, en el fallo “ATE, con la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto los Estados deben adecuar su legislación al Convenio N° 87²⁸ y el criterio que ha hecho en la aplicación del Convenio N° 87 la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹.

El Convenio N° 87 se inspira en los principios y valores de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia, en cuanto dispone que todo Miembro de la Organización para el cual esté en vigor, "se obliga a poner en práctica" determinadas "disposiciones" (art. 1), entre las que se destacan, para el presente caso, que: *"los trabajadores [...], sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas"* (art. 2), *así como, que las "organizaciones de trabajadores [...]" tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción"*. Por otro lado, así como las *"autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal"* (art. 3.2), *la "legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio"* (art. 8.2). Todo Miembro, añade, también *"se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación"* (art. 11). El término "organización", aclara el art. 10, significa: *"toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores [...]"*.

Después que alguna jurisprudencia de tribunales inferiores se lanzaran a minimizar (también en otros temas y sin mucho fundamento) los alcances de las observaciones de los Órganos de Control de la OIT, este nuevo fallo del Tribunal Superior de la Nación (“ATE”) viene a ubicar en su justo lugar la relevancia del contenido imprescindible de aquéllas a la hora de interpretar los Convenios y Recomendaciones y su comparación con el ordenamiento nacional. En especial, el Convenio 87 y su operatividad, que el Máximo Tribunal localiza en dos Pactos Internacionales que tienen rango constitucional³⁰. El examen y criterio de interpretación del Convenio 87 explorado por la Corte jaquea todo el régimen central de la Ley de Asociaciones Profesionales que

²⁶ Art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

²⁷ CSJN in re: “Madorrán c. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330:1989, 2001/2002 – 2007 <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

²⁸ Concluding Observations: Australia, 31-8-2000, E/C.12/1 Add. 50, párr. 29; Concluding Observations: Germany, 31-8-2001, E/C.12/1/Add. 68, párr. 22, y Concluding Observations: Japan, 21-8-2001, E/C.12/1/Add. 67, párrs. 21 y 48, entre otras. Asimismo respecto del art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nowak, Manfred, Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl/Estrasburgo/ Arlington, N.P. Engel, 1993, p. 400”.

²⁹ Caso Huilca Teese vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3-3-2005, Serie C No. 121, párr. 74.

³⁰ CSJN in re “ATE”, ya citado, considerando 3°, párrafo 2°. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

sostiene el llamado modelo de unicidad promocionada, pues habría otras normas de ese plexo que pueden correr la misma suerte que el mentado artículo 40.1., declarado inconstitucional en dicho precedente (“ATE”)³¹.

Los aspectos puntuales que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACyR) ha venido observando al ordenamiento interno radican en dos cuestiones básicas: 1) la determinación del grado de representatividad de las organizaciones sindicales; 2) la desigualdad de trato entre las asociaciones sindicales con personería gremial —ASCPG— y las asociaciones sindicales simplemente inscriptas —ASSI—³². En concreto, las disposiciones de la Ley Sindical que discrepan con el Convenio 87, según los órganos de control de la OIT³³, son:

1. *Reconocimiento Legal del Sindicato más representativo*³⁴.
2. *Constitución de las Organizaciones que estimen convenientes y de Afilarse a elección*³⁵.
3. *El derecho de retención de las cotizaciones sindicales y de las exenciones tributarias*³⁶.
4. *La protección especial a todos los representantes sindicales*³⁷.
5. *Los derechos de representar y defender los intereses individuales de los trabajadores*³⁸.
6. *Ejercicio de los derechos de libertad sindical, sin sujeción, intervención o injerencia*³⁹.

El tema más reiterado por los órganos de la OIT es el régimen legal de personería gremial del modelo sindical argentino, que sus defensores han denominado “unicidad promocionada”. Los expertos observan el excesivo privilegio al sindicato que obtenga la personería gremial en detrimento de los restantes y no por la predilección hacia los

³¹ Cabe recordar que al año de la sanción de la ley de Asociación Profesional de Trabajadores n° 23.551 (año 1988), tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y más tarde el Comité de Libertad sindical vienen observando aspectos puntuales de la ley sindical. En concreto, para estos órganos internacionales no parecen adecuarse al Convenio 87, los Arts.28, 29, 30, 38, 48, 52 y el decreto reglamentario núm. 467/88)

³² Duarte, David, “Promover Los Principios y Derechos Fundamentales a través del Diálogo Social”, Oficina internacional Del Trabajo (OIT Oficina Regional para América Latina y el Caribe/ Oficina Argentina) Documento sobre los debates y análisis nacional referidos a igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil y libertad sindical, 2005. ver pág. 37 a 65.

³³ Duarte D., “Promover los principios...” ob. cit pág. 41 y siguientes. Nos remitimos por razones de brevedad, pues el tratamiento de estos temas merece un desarrollo extenso que excede este trabajo.

http://www.oit.org.ar/documentos/declaracion_1.pdf

³⁴ Art.28, 23.551 y Art.21 de su reglamentación Comentario de la CEACR s/c.r. años 1989, se reitera 1991, 1993, 1996, 1997, 1998, 1998, 2003, 2004 y Caso n° 1924/1998 y n° 1741/1995 según comentarios del Comité de Libertad Sindical.

³⁵ Arts. 29 y 30, 23.551. Comentarios de la CEACR s/ r.c. año 1998. (Observaciones sobre los convenios ratificados de la CEACyR Informe III 1A 2003-IB. Doc). Caso 1872/1997 comentario del CLS

³⁶ Art.38 y 39, 23,551, Comentarios de la CEACR s/c.r. reitera 2004). Comentarios del CLS : Caso 1832/1996 y Caso n° 2054/2000

³⁷ Arts. 48 y 52, 23.551, Observación individual CEACyR ,1989, reiterada en los años: 1991, 1993,1996,1997, 1998,2001, 2003, 2004. En los comentarios del año 1989 la Comisión se remitió al párrafo 146 del Estudio general de la Comisión de Expertos de 1983 y párrafos 234, 235 y 238 de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical. Asimismo ver caso 1953/2000 comentario del CLS

³⁸ Art. 31.a., 23.551, Comentario de la CEACyR del año 2001. Informe III (IA) 2003-IB.DOC , Pág.238, (C87).

³⁹ Recomendaciones del CLS: Caso n° 1953/2000, y Caso n° 1777/1995, Caso n° 1744/1995.

sindicatos más representativos, como el adoptado por la Argentina. Por ello, para la Comisión (CEACyR) dicha preeminencia no es en sí misma contraria al principio de libertad sindical y es compatible, aunque aclaran: *“siempre y cuando se respeten ciertas condiciones”*.

Decíamos, oportunamente, que después de más de diez años de vigencia (1988 a 1999) y de reiteradas observaciones, la CEACyR había tomado nota de las informaciones suministradas por el Gobierno —respecto a la garantía de “la libre constitución, registro y adquisición de la personería jurídica de las organizaciones sindicales”—, señalando que sus críticas se centraban en los requisitos para obtener la llamada “personería gremial” y los privilegios que gozan las organizaciones sindicales que poseen dicha personalidad (ASCPG) otorgada por el poder estatal, a diferencia de los menores derechos que se reconocen a las “simplemente inscriptas” (ASSI)⁴⁰. Aclarábamos que dicho órgano tampoco se había opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas “con personería gremial”, ni a que estas organizaciones gocen de ciertos privilegios. Asimismo, admitía que la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar el movimiento sindical y menoscabar los intereses de los trabajadores.

De las decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical (CLS) del Consejo de Administración de la OIT, se extraen algunos conceptos generales que merecen ser recordados como preludeo de los temas que más han sido observados respecto de la legislación de Argentina. Principalmente, el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas; el cual, debe desarrollarse evitando el favoritismo o discriminación frente a determinadas organizaciones⁴¹. El reconocimiento de cierto privilegio a favor de los sindicatos más representativos debe ser de tal manera que no implique la privación de los medios esenciales para la defensa de los intereses de los trabajadores representados por las otras entidades sindicales que no posean esa mayor representatividad⁴².

VI. Las dimensiones individuales y sociales del derecho de asociarse y su proyección protectora a los delegados de sindicatos simplemente inscriptos.

Advertimos que el fallo citado (“ATE”) también avanzó sobre un terreno poco transitado, al menos con la elocuencia del Tribunal, referido al contenido del derecho de asociación sindical, al que identificó dos dimensiones inseparables: individual y social⁴³: *“quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo”, sino que, “además, gozan*

⁴⁰ Duarte D., “Promover los principios...”, ob. cit. pág. 39

http://www.oit.org.ar/documentos/declaracion_1.pdf

⁴¹ Duarte D., “Promover los principios...”, ob. Cit. Pág 39 ver cita 28

http://www.oit.org.ar/documentos/declaracion_1.pdf

⁴² Duarte D., “Promover los principios...”, ob. Cit. pág. 39, ver cit. 29

http://www.oit.org.ar/documentos/declaracion_1.pdf

⁴³ Señala que los instrumentos internacionales precisados en el considerando 3° del fallo, sobre todo los dos Pactos de 1966, y muy especialmente el que regula los Derechos Económicos, Sociales y Culturales llegan a idéntica conclusiones. Otro tanto se sigue del Convenio N° 87 y de la redacción del art. 14 bis de la CN (Considerando 6°, in re “ATE”, citado). <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

*del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad"*⁴⁴.

También resaltó que la libertad de asociación en "materia laboral", así como en su dimensión individual *"no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad"*, en su dimensión social resulta *"un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos"*⁴⁵.

Enfatizó que esta libertad radica "básicamente", en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de *"poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho"*⁴⁶.

En todo caso, son dos dimensiones que "deben ser garantizadas simultáneamente", puesto que *"la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga"*⁴⁷.

Las precisiones del fallo citado se proyectan indefectiblemente a quienes se organizan para constituir un nuevo sindicato, como a los candidatos y/o delegados elegidos que pertenezcan a un sindicato simplemente inscripto, ellos contarían con la tutela sindical o fuero sindical. Este es otro de los fantasmas que se asoma entre las líneas críticas que se han trazado después del fallo citado al señalar que estos representantes no tendrían protección (volveremos más adelante sobre el tema).

VII. Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción

El enunciado del presente apartado es la expresión del período textual del art. 14 bis de la Constitución Nacional que reconoce ese derecho a los trabajadores individualmente considerados. En tal sentido, la Corte interpretó que la sustancia de los principios a los que debe responder la reglamentación del derecho de asociación sindical, están contenidos con igual vigor que las normas mencionadas en el apartado anterior y que dicha cláusula constitucional resultó no sólo un temprano continuador de los documentos internacionales que lo precedieron, al dar cabida a los impulsos del

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del art. 16.1 de la Convención Americana establecen "literalmente" -Caso Huilca Tecse vs. Perú, cit., párr. 69 y su cita- (Considerando 6°, in re "ATE", citado). <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁴⁵ Ídem, párrs. 70/71 (Considerando 6°, in re "ATE", citado) <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-2-2001, Serie C No. 72, párr. 156 (Considerando 6°, in re "ATE", citado). <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Huilca Tecse vs. Perú, cit., párrs. 70 y 72, (Considerando 6°, in re "ATE", citado).

constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX⁴⁸.

En esa línea, se erigió, con no menor significación, como norma anticipatoria de los que le seguirían. Así, puso una precisa y definitoria impronta: "organización sindical libre y democrática". La libertad, en el plano individual, enunciada a fin de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, desafilarse o no afiliarse y, de ser lo primero, en la organización que escoja. En breve, la "afiliación libre y consciente", que no puede verse herida con "supuestas razones de interés sindical y bien común"⁴⁹.

Respecto a la libertad para los sindicatos, con el propósito de que puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que les son propias planteó: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical. Con cita del debate constituyente reseñó: "*Nosotros no hemos calificado la forma del sindicalismo, y no lo podemos calificar porque somos respetuosos del derecho de asociación y del derecho de los obreros. Deseamos que los obreros agremiados libremente se den la forma sindical que mejor les parezca y que mejor crean que atiende a sus propios intereses*"⁵⁰. El reconocimiento de un sindicato "por la simple inscripción en un registro especial", como también lo dispone el art. 14 bis, resulta un elemento reforzador de esta última finalidad⁵¹.

En ese contexto, la democracia, a su turno, fue reconocida como prenda de convivencia, de apertura franca y amplia hacia el pluralismo y la participación, tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, cuanto para las relaciones entre todas y cada una de éstas en el concierto de los sindicatos que, no menos libremente, los trabajadores deseen formar. La democracia gremial es un "signo" expresamente consagrado por el art. 14 bis⁵². El precepto constitucional, en consecuencia, manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse. Los términos "libre y democrática" que mienta el art. 14 bis, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios.

VIII. El criterio de interpretación del sindicato más representativo de los órganos de la OIT no afecta la unidad sindical ni promueve la atomización.

La razón que expresa el epígrafe se corresponde con el orden conceptual expuesto en el apartado anterior. Responde a la interpretación del Convenio N° 87 y la labor de dos órganos de control internacional de la OIT, el Comité de Libertad Sindical en cuanto

⁴⁸ Citó el precedente "Aquino" Fallos: 327:3753, 3770, 3788 y 3797 – 2004 (Considerando 7º, in re "ATE", citado). <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁴⁹ Citó el precedente "Outón", cit., p. 223 (Considerando 7º, in re "ATE", citado). <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁵⁰ Convencional Becerra, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Año 1957, Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 1356; v. asimismo, entre otras, las intervenciones de los convencionales Jaureguiberry y Peña, ídem, ps. 1222 y 1257, respectivamente

⁵¹ Convencional Prat, Diario de Sesiones, cit., t. II, p. 1401 (Considerando 7º, in re "ATE", citado).

⁵² CSJN in re: Albornoz c. Nación Argentina, Fallos: 306:2060, 2064 - 1984; Sindicato de Empleados de Comercio Capital Federal, Fallos: 310:1707 - 1987). <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

examina la violación de la libertad sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de la organización de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado⁵³. Destacándose como relevante que de estas fuentes hizo mérito la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴ y que tampoco ha faltado la oportunidad para que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhortara a un Estado a que revise su legislación laboral con vistas a adaptarla a las observaciones de la Comisión de Expertos relativas al Convenio N° 87⁵⁵.

Respecto a la importancia de los criterios elaborados por dichos órganos, en particular, los concernientes a los llamados por éstos como "sindicatos más representativos"⁵⁶ se recuerda al Estado argentino que: *"la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales"*⁵⁷.

La Comisión no hacía más que persistir, a la letra, en los límites que ya había enunciado, con alcances generales, respecto de las legislaciones que, *"preocupadas por encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones, consagran la noción de sindicatos más representativos y suelen conceder a éstos derechos y ventajas de alcance diverso"*⁵⁸.

Las observaciones sobre la ley 23.551, de la Comisión de Expertos en cuanto advirtió que no parecía estar en conformidad con el Convenio N° 87 la disposición de aquella, conforme a la cual, *"las funciones de representante de los trabajadores en la empresa sólo pueden ser ejercidas por los miembros de [las] organizaciones que poseen la personería gremial"*, al paso que recordó: *"cuando [...] el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales [...], la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese*

⁵³ En este sentido la Corte en el caso "ATE", recordó que el Comité de Libertad Sindical fue creado por el Consejo de Administración de la OIT en su 1170 reunión de noviembre de 1951C, destinado al examen de las alegaciones relativas a la violación de la libertad sindical (Compendio normativo aplicable al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptado por el Consejo en su 2920 reunión, marzo de 2005, anexos I y II). Y que por el otro, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, instituido por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión (1926), que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado -Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Sección VI- (Considerando 8°, in re "ATE", citado).

⁵⁴ Tanto en el caso Huilca Tecse (cit., párr. 75) cuanto en el caso Baena (cit., párrs. 157, 164 y 165)

⁵⁵ Citó Concluding Observations: Malta, 26-11-2004, E/C.12/1/Add. 101, párr. 35, y Concluding Observations: Poland, 29-11-2002, E/C.12.1/Add. 82, párr. 44.

⁵⁶ Esta condición, en el ordenamiento nacional, es reconocida por la autoridad del trabajo mediante el otorgamiento de la personería gremial (ley 23.551, art. 25)

⁵⁷ Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Argentina (ratificación: 1960), Año 2008. El recordatorio alude a anteriores observaciones de la Comisión de análogo contenido que la antedicha (v. Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), 1999, punto 2, que reitera, vgr., las observaciones de 1998 y 1989)

⁵⁸ Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la CEACyR, Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994, Informe III, Parte 4B, párr. 97.

indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse"⁵⁹.

Estos criterios de la mentada Comisión resultan, indudablemente, del todo concordantes con los del Comité de Libertad Sindical: si bien a la luz de la discusión del proyecto de Convenio n° 87 y de la Constitución de la OIT (art. 5.3), *"el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable"*, es "necesario" que la distinción no tenga como consecuencia *"conceder a las organizaciones más representativas [...] privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales"*.

En otras palabras, la distinción entre distintos sindicatos (simplemente inscriptos o con personería gremial) no debería *"privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87"*⁶⁰.

La repercusión negativa también se proyecta, con pareja intensidad, en el plano individual, por cuanto las funciones limitadas que la legislación reconoce a determinadas categorías de sindicatos, podrían tener por efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección.

Así lo sostuvo el Comité de Libertad Sindical, por las siguientes razones: *"de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización. Ahora bien, la libertad de los interesados en la materia constituye un derecho expresamente consagrado por el Convenio núm. 87"*⁶¹.

En resumen, con tales recomendaciones concluyó la Corte, en el fallo "ATE", en que hay una "diferencia fundamental" entre el monopolio sindical "instituido o mantenido por la ley" directa o indirectamente, y el que "voluntaria y libremente" quieran establecer los trabajadores. El primero, cuando trasciende los límites señalados, "está en contradicción con las normas expresas del Convenio N° 87", el cual, aun cuando

⁵⁹ Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), Año 1989.

⁶⁰ Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, OIT, 40. ed. revisada, 1996, párr. 309

⁶¹ Libertad sindical: Recopilación..., cit., párr. 303

*"manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical", sí exige que éste "[sea] posible en todos los casos"*⁶².

Por tal razón, no se puede concluir ligeramente que exista una tendencia a desmembrar el movimiento obrero, ni que haya una preferencia por una multiplicidad de entidades sindicales porque sería como un espejo de lo que se rechaza. Entendemos que es un error interpretar, con los conceptos expuestos, que se estuviese consagrando un modelo de "atomización promocionada" como la antítesis de la "unicidad promocionada", pues una sana lectura se pone en evidencia que se acepta el sistema de mayor representatividad y que solamente se cuestiona el marcado exceso en las preferencias que puede afectar negativamente el ejercicio de la libertad sindical.

La unidad del movimiento obrero es un ideal de los trabajadores y de eso habla la historia del sindicalismo. Tener una representación sindical monolítica es una aspiración, un deseo de los trabajadores. La realidad desde sus orígenes, a pesar de la conciencia que albergó el espíritu solidario en el nacimiento del movimiento obrero organizado, siempre hubo divisiones. La adversidad reaccionaria del poder y las injusticias sociales fueron los principales motivos de la unidad para la causa común que motorizó la acción colectiva, cuya razón de ser siempre fue anterior a cualquier diseño legal. Las desigualdades sociales y los reclamos económicos motivaban limar las diferencias entre los trabajadores, aunque después se agruparan por preferencias ideológicas y hasta por otras razones, como señaló la Corte en citado caso "ATE", elegir uno u otro puede deberse a motivos de orden profesional, confesional, político u otro⁶³, por esa razón cualquier intervención en este aspecto no tiene otra lectura que un avasallamiento a la libertad de las personas.

Sin caer en la dispersión y por razones de espacio, en una apretada síntesis recordamos que la creación de una Federación Obrera que uniera a todos los sindicatos de la Argentina fue uno de los principales objetivos de los trabajadores de fines del siglo diecinueve, hasta que fue creada definitivamente la Federación Obrera Argentina (FOA) que luego se convertiría con el agregado de "Regional" en la FORA. Las divergencias ideológicas, que se traducen en tácticas y estrategias para lograr sus fines, hicieron que las diferentes organizaciones obreras propusieran distintos objetivos y que no logren unirse de manera permanente. Aparece la Unión General de Trabajadores (UGT) en el debate del conflicto entre intransigencia y conciliación con quienes estaban frente a los trabajadores. Así comenzó el siglo veinte, con organizaciones de obreros divididas, pero unidas en la lucha en defensa de objetivos comunes como cuando se enfrentaron solidarios contra la ley de residencia (n° 4144) o contra la represión violenta.

Con unicidad y dispersión fluctuaban en distintas centrales los gremios y así llegaron al año 1930, en que se crea la CGT, que también transitó por distintas escisiones hasta que con posterioridad al año 1943, la interlocución en un mismo lenguaje con el gobierno termina definitivamente de unificar la CGT con proyección nacional, en una conjugación inédita en el país de sindicatos y gobierno, llegaron a coincidir en los objetivos. La fragmentación vuelve tras el golpe militar del año 1955 con el repliegue por la persecución a los trabajadores. La resistencia los retorna a la reunificación, hasta que algunos sectores ostentaron acercamientos con militares golpistas y aparece la CGT

⁶² Libertad sindical y negociación colectiva, cit., párr. 91 (CSJN in re "ATE", Considerando 8°).

<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁶³ CSJN in re "ATE", Considerando 8°. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

de los argentinos como nueva central de trabajadores que quiere diferenciarse de aquellos, por no compartir los mismos objetivos. Después del golpe de 1976 y el “proceso” de “normalización sindical” vienen los 25, la CGT Azopardo y la CGT Brasil, distintas expresiones que muestran la división que tiene por base las finalidades que se proponen.

La unidad del movimiento obrero parece estar vinculada con la posibilidad de que las organizaciones obreras coincidan en sus objetivos y no tanto en el diseño de la estructura legal que las regule. La unicidad promocionada legalmente no demostró ser una garantía de la unidad de los trabajadores en una sola central, sino otra cosa. A poco de la sanción de la ley 23.551 en el año 1988 se empezaron a ver disidencias hasta que en el año 1992 aparece una nueva central (CTA) opuesta a las políticas laborales del gobierno. La división interna de la propia CGT ve nacer una nueva división (MTA) que no participa del Acuerdo Marco para Productividad y Empleo del año 1994 firmada por la entonces conducción de la CGT con empresarios y gobierno que significó un paquete de medidas de flexibilidad laboral, nuevamente la disparidad en los objetivos muestra la escisiones. Inclusive hoy, entre los que sostienen el sistema de “unicidad promocionada” aparece una fracción en la CGT (la Azul y Blanca) que no se expresa en igual sentido que los referentes de la conducción de la central.

En resumen, no parece que la ley pueda lograr el interés colectivo necesario de los trabajadores, pues éstos se expresan desde aspectos volitivos y no por imposición, es casi como la concepción de la *affectio societatis* en que la intención de asociarse es con el fin de alcanzar un objetivo común, finalidad que sería demasiado pretenciosa querer abarcarla con algún diseño normativo sin violentar la voluntad de las personas. Con igual sentido debe advertirse que si aparecen factores que dispersan o alejan los fines que se han trazados quienes se unen para lograrlo, seguramente que el desvío de ese objetivo en común que los unió será la causa de la división. El derecho del trabajo nace del conflicto que es previo a la ley y se expresa en la acción colectiva que une a los trabajadores para equilibrar fuerzas frente al empleador y remover los obstáculos que impidan la realización plena de aquéllos, pero los estorbos pueden originarse en medidas políticas del gobierno de turno, por lo tanto no debe ser éste quién incida en las preferencias por una determinada organización sindical, modelo o estructura, sino serán los propios trabajadores en defensa de sus intereses⁶⁴.

IX. Tutela de la representación gremial de sindicatos simplemente inscriptos

La interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional que cabe entender en cuanto establece que las leyes aseguran al trabajador “organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción” se trata de la elección de un delegado en una organización que en el ámbito que se pretende representar se encuentra “simplemente inscripta” enunciado que supone la existencia de una organización previamente inscripta (control de legalidad), es decir no puede suponerse que se trata de una entidad fuera del sistema⁶⁵.

Razón por la cual, no habría motivo para privar del derecho a asociarse libremente, expresión volitiva, donde juega lo individual y colectivo de forma "recíprocamente complementaria" allí en ese espacio debe reconocerse a los trabajadores individual y

⁶⁴ Duarte, D., “Modelo sindical...”, ob. Cit. apar. IX. Jurisprudencia Anotada 18-12-2008 D-3er-dic. 8

⁶⁵ Duarte, D., “Modelo sindical...”, ob. Cit. apar. IX. Jurisprudencia Anotada 18-12-2008 D-3er-dic. 8

colectivamente: libertad, pluralidad y democracia. En tal caso, la tutela a cada obrero individualmente considerado, debe jugar un papel fundamental, sino nunca se habilitaría la posibilidad que los trabajadores puedan elegir en libertad organizarse sindicalmente cuando exista un gremio preexistente.

Distinta situación es que por fuera de una entidad sindical, un trabajador no afiliado pretenda ser delegado, es decir un no afiliado se presenta por fuera, aunque adhiera a uno u otro sindicato (inscripto o con personería), al no estar afiliado no pertenece a la "organización sindical libre y democrática" que posee entidad jurídica a partir de un acto de legalidad que es la "simple inscripción". Hasta aquí se expresa lo individual (primera parte del 14bis), y a partir de esa intervención del registro la personalidad jurídica de lo colectivo, más allá que existe previo y casi inescindible el "interés colectivo" como dato cualitativo. De otra manera, se entraría casi sin darse cuenta en las "representaciones parasindicales", que no parece, ni por aproximación, estar alentadas en el texto constitucional, ni mucho menos por el fallo antes citado. Es decir, el debate se instala en el conflicto intersindical entre un gremio preexistente y otro que disputa un espacio de representación, ambos legalmente reconocidos, aunque uno de ellos tiene prerrogativas que los diferencian.

En el caso "ATE" que trató la Corte la cuestión versó sobre un conflicto "intersindical", entre un sindicato con personería gremial con otro simplemente inscripto que quería convocar a elección de delegados. Es decir, se trató de entidades reconocidas. Suponiendo que el conflicto fuese porque se alentaran posibilidades o alternativas, por parte de los trabajadores, a que se vieran atraídos por la idea de organizarse para constituir un nuevo sindicato, también serían alcanzados por la protección en la medida que pretendan organizarse libremente. Este trance se construye no solamente con la suma de voluntades o pluralidad de sujetos, sino también con el interés colectivo, dato cualitativo que resulta siempre un paso previo al establecimiento del sindicato, donde lo individual se conjuga con lo colectivo en una situación fáctica previa a la tipificación legal.

En el sentido expuesto, también existe la posibilidad que el representante gremial de una entidad simplemente inscripta realice actividades sindicales, por lo que su diligencia exige protección. Sin embargo, la ley sindical argentina cuando reglamenta la tutela sindical, se limita a los que pertenecen a un entidad con personería gremial. Restricción que ha sido observada por la OIT (Comisión de Expertos como también el Comité de Libertad Sindical) señalando que la ley 23.551 (artículos 48 y 52)⁶⁶ resulta contraria al

⁶⁶ **Artículo 48.** — *Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejarán de prestar servicios, tendrán derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido.*

El tiempo de desempeño de dichas funciones, será considerado período de trabajo a todos los efectos, excepto para determinar promedio de remuneraciones.

Los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la presente ley continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa.

Artículo 52. — *Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme*

Convenio n° 87, pues se benefician con una protección especial únicamente los representantes de las organizaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

A tales reparos, el gobierno argentino contestó a los órganos de la OIT, que el tipo de delegado mencionado, que la ley de rango inferior con contempla expresamente, puede recurrir al amparo sindical del Art.47, ley 23.551⁶⁷ que es más amplio, también a la protección que surgiría de la Constitución Nacional (Art. 14 bis) para todos los representantes sindicales, o en su caso, al hecho de que si el sindicato estuviese afiliado a una federación, es decir una entidad de segundo grado, que sí posea personería gremial, se le extiende la mayor protección, y en que en definitiva tiene la posibilidad de ampararse en la ley antidiscriminación (n° 23.592)⁶⁸.

Dichos órganos señalaron que el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales en virtud de los cuales sólo ellos son capaces de ejercer útilmente. Agregaron que la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse⁶⁹ y la legislación no debe discriminar a los dirigentes de las organizaciones simplemente inscriptas con respecto a las que gozan de personería gremial⁷⁰.

al procedimiento establecido en el artículo 47. El juez o tribunal interviniente, a pedido del empleador, dentro del plazo de cinco (5) días podrá disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o en mantenimiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa.

La violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Si se decidiere la reinstalación, el juez podrá aplicar al empleador que no cumpliera con la decisión firme, las disposiciones del artículo 666 bis del Código Civil, durante el periodo de vigencia de su estabilidad.

El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior. Si el trabajador fuese un candidato no electo tendrá derecho a percibir, además de las indemnizaciones y de las remuneraciones imputables al periodo de estabilidad aún no agotado, el importe de un año más de remuneraciones.

La promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo a las que refieren los párrafos anteriores interrumpe la prescripción de las acciones por cobro de indemnización y salarios caídos allí previstas. El curso de la prescripción comenzará una vez que recayere pronunciamiento firme en cualquiera de los supuestos.

⁶⁷ **Artículo 47.** — *Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.*

⁶⁸ La Comisión pide al Gobierno que tome medidas para modificar los artículos en cuestión (Art.48 y 52, LAS), y que le comunique en su próxima memoria toda medida adoptada al respecto. OIT; Informe III (IA) 2003-IB.DOC, pág.238, (C87)

⁶⁹ Observación individual CEACyR, 1989, reiterada en los años: 1991, 1993, 1996, 1997, 1998, 2001, 2003, 2004. En los comentarios del año 1989 la Comisión se remitió al párrafo 146 del Estudio general de la Comisión de Expertos de 1983 y párrafos 234, 235 y 238 de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical.

⁷⁰ Ver caso n° 1953/2000 comentario del Comité de Libertad Sindical

En nuestra modesta opinión, dichos delegados cuentan con la Constitución Nacional que los protege de manera operativa, disponiendo que “*los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*”. Esta tutela constitucional no establece ninguna distinción entre gremios con personería gremial y los que no la tengan, pues reconoce a la organización sindical simplemente inscripta. Es una cláusula totalmente operativa que protege a quien además de tener un derecho individual se expresa también con un derecho de los gremios, al encarnar el contenido cualitativo, simbolizando el interés colectivo en la persona del representante. Inclusive tal aspecto constitucional pone en cuestión la posibilidad de extinguir el vínculo pagando una indemnización agravada como la prevista en el art. 52 de la 23.551, porque la estabilidad expresada en el texto constitucional es una sola, absoluta, sin matices de impropiedad o relatividad. La indemnización, aunque sea agravada, atiende el interés individual, pues entonces, de aplicarse esta última, como lo hace la ley sindical, no se correspondería en reciprocidad con el aspecto colectivo que también debe protegerse. En la interpretación de la Corte los derechos que garantizan la libertad sindical se integran en sus dos planos -individual y colectivo- “recíprocamente complementarios”⁷¹.

X. Necesaria adecuación y armonización del amparo sindical (art. 47, LAS) con el art. 43 de la Constitución Nacional

En razón de lo expresado hasta aquí parece necesaria también una adecuación del amparo sindical del art. 47 de la Ley de Asociaciones Profesionales (LAS, n° 23.551) a los textos de derechos fundamentales mencionados precedentemente y que la Constitución Nacional reconoce la vía de amparo en su nuevo art. 43⁷². A más de 20 años de la sanción del mencionado “amparo sindical”, que fue creado como instrumento ágil, moderno, que garantizaría la realización plena de la libertad sindical, a fin de afianzar la progresividad de los derechos sociales, todavía, no ha tenido el desarrollo que merece, por eso debe remozarse en línea en este nuevo contexto constitucional. El llamado “amparo sindical” resulta ser la única herramienta específica, a fin de asegurar una vía rápida para la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la ley, con el objeto de obtener el cese inmediato de todo comportamiento antisindical.

⁷¹ CSJN, *in re* “ATE” considerando 7º, último párrafo <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁷² **Artículo 43.-** *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La norma extiende su campo de aplicación a los casos que la propia LAS no haya regulado expresamente la defensa de los derechos por ella consagrados mediante requisitos y procedimientos distintos, además de aplicarse tanto a las entidades con personería gremial como a las simplemente inscriptas⁷³. Es decir se ampara individualmente al trabajador que no cuente con representación sindical conforme los requisitos legales y a los sindicatos simplemente inscriptos, además de los que cuenten con personería gremial y delegados oficiales, pues se puede vislumbrar que la intención del legislador fue utilizar al art. 47 de la LAS como medio de cobertura de todas aquellas contingencias frente a las cuales el ordenamiento positivo no contiene un medio expresamente previsto para el mismo fin protectorio⁷⁴.

Sin embargo, algún sector de la doctrina ha entendido que cuando la conducta del empresario configurase un supuesto de discriminación por razones gremiales no se podría accionar invocando el art 47 de la LAS, si el actor no reviste la calidad de delegado gremial⁷⁵, apoyándose en un precedente de la Corte (“Borda”) dictado en un contexto constitucional anterior a la reforma del año 1994, muestra cierto anacronismo, su utilización en la actualidad, no sólo expresa una involución sino que desmantela el proyecto constitucional, sin que se adecue su texto. Todo ello sin perjuicio de la destacada y abundante doctrina que reconoce al amparo sindical con suficiente entidad para este tipo de reclamos⁷⁶. En poco tiempo esta antigualla fue abandonándose por la jurisprudencia, para dar lugar a otra óptica más amplia, que permite amparar a quien realiza actividades sindicales, reclamos en defensa de los intereses de los trabajadores, pero no tiene un cargo gremial, o no está afiliado y quiere con sus compañeros organizarse para constituir una entidad gremial, o formar una lista opositora a la oficial, y son víctimas de represalias (despidos, traslados, suspensiones, etc.), viéndose coartados sus derechos.

Decimos respecto a derechos como por ejemplo los que la ley reconoce en el art. 4 LAS⁷⁷ directamente a los trabajadores, como también lo hace el 14 bis en su primera

⁷³ López, Guillermo, “Pasado Presente y futuro del Derecho Colectivo del Trabajo”, AAVV “Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, 1998, pág 18.

⁷⁴ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X Sent. 9485 9/05/2001, " Unión Personal Civil de las Fuerzas Armadas de la República Argentina c/ Estado Mayor. Círculo Fuerza Aérea s/ Juicio Sumarísimo" (Sc.- C.-). El fallo cita en apoyo a su doctrina a Rodríguez Mancini, "Acción de tutela por conductas antisindicales" Trabajo y Seg. Social 1992 pág. 208.

⁷⁵ CNAT, Sentencia Definitiva N° 61.641, del 31/08/1999, Sala V, Autos "Chinski, Alberto c/Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos Ezrah s/acción de amparo" (votos L-M). También es el criterio que sentó en su dictamen el Procurador Fiscal ante la Cámara en el caso “Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo” Sala II, sentencia del 25/06/2007, con cita del precedente “Borda” de la Corte publ. en Fallos 313:1178, que interpretó el art. 47 de la LAS, aunque la cita no parece adecuarse al caso por cuanto el caso “Borda” trataba sobre un proceso electoral, con características disímiles, con cuestiones fácticas y probatoria que excedían del prieto marco del amparo.

<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁷⁶ Vázquez Vialard, Antonio, “La Estabilidad absoluta del trabajador víctima de una práctica antisindical, en DT XLIX, págs. 7, Capón Filas, Rodolfo, “El Nuevo Derecho Sindical Argentino, Edit, Platense, págs. 137 y sigtes. Ver también los votos del Juez Simon en el caso “Arecco” y del Juez Maza en el caso “Alvarez”

⁷⁷ **Artículo 4º** — *Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales:*

- a) *Constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales;*
- b) *Afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse;*
- c) *Reunirse y desarrollar actividades sindicales;*
- d) *Peticionar ante las autoridades y los empleadores;*

parte (organización sindical libre y democrática), o en el Convenio 87 y 98 de la OIT. A este tipo de represalia de la acción gremial de los trabajadores se la ha encuadrado en el trato discriminatorio que prevé el art. 1º de la ley 23.592⁷⁸ que autoriza a los magistrados a cesar el acto ilícito y a reparar el daño moral y material ocasionado, que en caso de que esa arbitrariedad fuese en el contexto del despido, se lo considera nulo. Esta posibilidad ha sido receptada pretorianamente en señeros casos⁷⁹, en los que se ha declarado la nulidad del acto (despido) dejando a opción del trabajador la reinstalación y el cobro de una reparación que contemple daños y perjuicios, único modo de posibilitar el desarrollo pleno del accionar sindical de aquellos que no tienen protección como sí la tienen los que ostentan la representación de un sindicato con personería gremial en detrimento del resto.

Esta salida por una norma que reglamenta el principio de igualdad (art. 16 CN)⁸⁰ encuentra respuesta en el contexto constitucional que tímidamente fue desarrollándose como único instrumento garantizador de los Derechos Humanos frente al capitalismo salvaje, que en un contexto llamado “neoliberalismo” había intentado dismantelar el derecho del trabajo y desplazado la presencia sindical en las empresas y el retiro del Estado, con la consecuente unilateralidad patronal. Si el trabajador en la soledad de la empresa no le es garantizada la mínima posibilidad de organizarse sindicalmente se borra toda posibilidad de permanencia, desarrollo y evolución, del derecho del trabajo. En la historia y la esencia del derecho laboral se encuentra el derecho colectivo como el motor que, lejos⁸¹, ha sido el vehículo genuino de los trabajadores que permitió los mejores y mayores avances en la evolución del pensamiento social y con él, el ideal de justicia.

Esta grieta en el liberalismo desenfrenado es la manifestación de lo que los propios liberales han señalados como una contradicción en su lógica de pensamiento al reconocer en su seno la igualdad⁸², la que por cierto no aparece como antinomia sino

e) Participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos.

⁷⁸ **ARTICULO 1º.-** *Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.*

⁷⁹ CNAT. Sala IX, sent. 12.488, 31/5/05, "Greppi c/Telefónica de Argentina SA", La Ley 28/10/05, nº 109.583;; Sala X, sent. 9.679, 29/6/01, Stafforini c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"; Sala V, 21/12/06, "Arecco c/Praxair SA"; LL 18/5/07, nº 111.485; Sala VI, 10/3/04, "Balaguer c/Pepsico de Argentina SRL", entre muchos otros.

⁸⁰ **Artículo 16.-** *La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*

⁸¹ Entendemos que quedan en el camino la unilateralidad patronal y la intervención estatal, sea como mero gendarme o como un padre que protege a sus hijos, con las fluctuaciones y frustraciones que pueden desenvolverse desde la lógica del poder, que no siempre se acuerda de los más necesitados, generando una dependencia enfermiza que violenta la libertad.

⁸² Dice Laski que el temperamento liberal “...por donde siempre ha querido, aunque las más de las veces de modo inconsciente, establecer una antítesis entre libertad y la igualdad. En la primera ha visto aquel predominio de la acción individual que siempre ha defendido celosamente; en la igualdad ha visto más bien la intervención autoritaria que, a su ver, conduce en último resultado a la parálisis de la

como una contradicción que encuentra solución en la justicia social. El principio de igualdad, fundador y bandera, con aquél, del pensamiento del iluminismo, viene hoy a reencausar en el extremo más absoluto, aquello que a fuerza de arbitrariedades por un lado y negaciones cerradas por parte de quienes tienen la misión de decir el derecho, pusieron en evidencia que el liberalismo a ultranza (libre empresa, libertad de despedir, etc.) encuentra escollos, o al menos no son posibles razonablemente en un contexto social que institucionalmente busca la igualdad y respeto de la dignidad del ser humano, por lo que debe buscarse una constante y permanente armonización de los textos legales.

En la mencionada evolución no se puede desconocer la reforma constitucional del año 1994 con la que la República Argentina incorpora los documentos internacionales de Derechos Humanos en la Carta Magna generando una nueva cosmovisión de los derechos y que no ha sido todavía asimilada en su plenitud. Como señalamos precedentemente se ha puesto en jaque a todo el ordenamiento jurídico interno, entre los que se encuentran normas dictadas en épocas de pensamiento único impuesto por la cúpula militar, que ideológicamente respondían a intereses de sectores minoritarios y que sin embargo, a pesar de los más de veinticinco años de democracia, todavía siguen vigentes.

La reconstrucción de una democracia participativa y plural que reconozca derechos por igual y no postergue a los más necesitados es un largo camino por andar. Sin duda que la reforma de 1994 con la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos, tiene una importancia todavía no desarrollada en su plenitud y que de a poco se está abriendo camino. Si bien desde mucho antes ya el pensamiento jurídico argentino había asimilado los instrumentos internacionales fue sin duda, para el derecho del trabajo, un avance cualitativo los fallos trascendentes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2004⁸³ que aplicaron a casos concretos los principios fundamentales de los Derechos Humanos.

En el funcionamiento de la democracia participativa y plural no puede olvidarse tampoco los derechos sociales incorporados a la Constitución que en la misma lógica de aquéllos, reconoce que el legislador debe “*promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social*” (cfr. Art. 75, inciso 19, de la CN, a su vez “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...*” (cfr. Art. 75, inciso 23). Además de regular en sus arts. 41, 42 43 el reconocimiento derechos y de una acción expedita y rápida de amparo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías de la Constitución, un tratado o una ley, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general. Reconoce de esa manera legitimidad al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

personalidad individual...”. Laski, H.J., El liberalismo Europeo, Fondo de Cultura Económica, 1977, pág. 15-16.

⁸³ Casos: “Vizzoti”, “Aquino”, “Milone”, entre muchos otros. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

Desde esa perspectiva, es indispensable la adecuación de las disposiciones vigentes que instrumenta vías rápidas de realización de los derechos fundamentales, como la ley 16.686 sobre amparo respecto de actos provenientes de la autoridad pública, el art. 47 de la LAS de amparo sindical, o como la del proceso sumarísimo del art. 321 del CPCCN, cuando se reclamare contra actos de particulares, torna indispensable una armonización con el texto constitucional (art. 43, CN). Desde esa perspectiva, intentaremos exponer cuál es el alcance del régimen vigente en materia de amparo sindical previsto en el art. 47 de la LAS que si bien resulta una norma específica, es del año 1988 y debe buscarse una adecuación armonizada con aquella que es posterior (art. 43 del año 1994), de rango superior (art. 31 CN) y dictada en un contexto diferente que la de aquél. Como reflexiona Etala⁸⁴, el espíritu amplio y protectorio que emerge de la letra y del espíritu del citado art. 43 debe informar la inteligencia a efectuar de las demás normas legales citadas precedentemente. Esta acción de amparo constitucional es más amplia que las anteriores porque abarca tanto actos u omisiones tanto de las autoridades públicas como de particulares y no solamente derechos y garantías constitucionales, sino también de un tratado o una ley. Ello comprende, según Justo López, los derechos implícitos de libertad sindical de la Carta Magna (art. 14 bis, CN), como los provenientes de los Convenios de la OIT, ratificados y los documentos internacionales incorporados en aquélla (art. 75.22, CN) y la ley 23.551 (LAS) en cuanto resulte compatible⁸⁵.

Aunque el art. 47, LAS, es una norma específica, dirigida a amparar la libertad sindical no sólo en el aspecto constitucional, sino también en el “el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la ley. Por ello, no obstante la literalidad de los términos de la ley sindical, resulta difícilmente concebible el ejercicio de derechos de la libertad sindical que no emerjan del derecho constitucional de organización sindical libre o del convenio 87 de la OIT que tiene jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inciso 22 CN), desarrollados en los apartados anteriores.

En el contexto señalado, en que planteamos la armonización de los textos de rango inferior a las normas de rango superior incorporadas por el poder constituyente invitan a los poderes constituidos a realizar un esfuerzo para la gradual y progresiva nivelación de los derechos. En tal sentido, dicho art. 43 de la CN ha sido interpretado de manera exhaustiva por la Corte en un reciente caso (“Halabi”)⁸⁶ y merece ser traído aquí, a fin de otear su proyección en el Derecho del Trabajo. En este precedente⁸⁷ la Corte delimitó con precisión tres categorías de derechos: 1) individuales, 2) de incidencia colectiva que

⁸⁴ Etala, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Astrea, Bs. As. 2001, pág. 98.

⁸⁵ Justo López, “Libertad Sindical”, AAVV “Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, 1998, pág 202.

⁸⁶ H. 270. XLII. Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25. dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986. Sentencia del 24 de febrero de 2009. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁸⁷ El caso trató de una acción amparo deducida por un abogado, calificado como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, en cuanto la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 porque vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar "en qué casos y con qué justificativos", violenta la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el "secreto profesional". Su pretensión es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

tienen por objeto bienes colectivos y 3) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Situó el Tribunal los derechos sobre bienes jurídicos individuales en el primer párrafo del art. 43 de la CN, como la regla general en materia de legitimación son ejercidos por su titular. Aclaró que esta circunstancia no cambia por que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Reconoció en este aspecto la tradicional acción de amparo, que fuera instituida por vía pretoriana por la Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot"⁸⁸ y consagrada más tarde legislativamente⁸⁹. Respecto a esta acción preconizó que está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados⁹⁰.

En un segundo plano ubicó los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos que pueden ser ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Consideró necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que el trámite sería inadmisibile si se determinara el sujeto en el proceso, pues éste sería el titular. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. Cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación, porque se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. De tal manera que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de

⁸⁸ Publicados en Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁸⁹ Ver, ley 16.986 ya mencionada

⁹⁰ Ver considerando 10° del fallo "Halabi". <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular⁹¹.

Por último, el fallo describe a una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, serían los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. Señala que no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles y se identifican porque hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, que ahorra la demostración de los presupuestos de la pretensión porque es común a todos esos intereses. Es decir, existe una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. En cuanto a la procedencia de este tipo de acciones definió como requisitos la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, salvo que exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. Delimitó tres elementos: a) la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, que en el caso fue la norma impugnada; b) la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes, a todo el colectivo, y no en lo que cada individuo puede petitionar⁹²; c) el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, salvo la presencia de un fuerte interés estatal⁹³; es decir, la afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda petitionando la inconstitucionalidad de la norma.

A modo de conclusión podemos señalar que el desarrollo que la Corte refiere sobre el art. 43 CN de las tres categorías de derechos que definió, a saber: 1º) individuales, 2º) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y 3º) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Sin duda que al Derecho del Trabajo le interesan el primero y el tercero y en tal sentido habrá que armonizar los textos de rango inferior.

Partiendo del enfoque que señala que el art. 47 de la ley 23.551 no enuncia siquiera en forma indicativa los derechos sindicales que pretende proteger, pero que sin duda son todos aquellos que responden al ejercicio regular de la libertad sindical, se han ensayado

⁹¹ Considerando 11 del fallo “Halabi” <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

⁹² A modo de ejemplo refirió a los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. No se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

⁹³ Aclaró el fallo que la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (Considerando 13º, párrafo 4º, “Halabi”). Citó los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

una enumeración a título ejemplificativo⁹⁴, pero que de ninguna manera puede agotarse, pues debe ser interpretada en sentido amplio y ante la duda debe completarse su espectro teniendo como norte la libertad sindical, principio que tampoco se encuentra definido en la ley sindical, por lo que hay que buscarlos en los instrumentos internacionales mencionados y en los informes de la comisión de expertos de convenios y recomendaciones, el comité de libertad sindical y en la doctrina.

XI. Conclusión

Reiteramos nuevamente que el diseño indiscutible del proyecto constitucional descripto no olvida que en el marco de una democracia participativa resulta fundamental la promoción del diálogo social. Decíamos oportunamente que las observaciones e insistencia de los órganos de la OIT respecto de la Ley Sindical se prolongó durante largos años, si bien generó algunas reacciones tenues, por cierto, no tuvieron consecuencias concretas de manera general en el derecho positivo⁹⁵.

Con posterioridad se creó una comisión tripartita mixta para la modificación de la ley sindical a fin de obtener un proyecto consensuado, teniendo en cuenta los comentarios de la CEACyR sobre la Ley Sindical⁹⁶, aunque sin participación de los legisladores nacionales, por tanto cualquier resultado no habría tenido efecto vinculante. Al respecto, la Comisión de Expertos de la OIT había tomado nota de que el Gobierno informaba que estaba avanzando paulatinamente en un proceso para generar las condiciones políticas e institucionales que permitan profundizar las coincidencias con la CEACyR⁹⁷.

La desarticulación de la ley sindical argentina vigente es producto del anacronismo que refleja ese modelo sindical no adecuado al nuevo esquema diseñado por los documentos internacionales de Derechos Humanos y las normas de rango superior a las que se aludió precedentemente y que exigen una adecuada armonización, en el sentido nivelador gradual y progresivo de los derechos. Es por esa razón que la ley de antidiscriminatoria n° 23.592 se adecua más para este tipo de situación, la que se la ha integrado al derecho del trabajo, no sólo porque es más favorable, sino porque excede el marco del contrato (o la llamada libertad de contratar) e importa el interés general

⁹⁴ Etala (ob. Cit.) por ejemplo señala los derechos comprendidos en los arts. 4, 5, 23 y 31 de la LAS (ley 23.551), también lo hacen Rodríguez, Enrique – Recalde, Héctor “Nuevo Régimen de asociaciones sindicales”, Bs. As. Gized, 1989, (pag. 227) quienes se encargan de aclarar que la enunciación no se agota en los artículos citados o como Néstor Corte T. “Modelo Sindical Argentino”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988, pág. 443 y 444, quien esboza también una enumeración de los bienes jurídicos objeto de la tutela sindical.

⁹⁵ Hubo una iniciativa de proyecto de modificación de la ley núm. 23.551 iniciado en el año 1993, que involucró al Poder Ejecutivo Nacional con apoyo externo de una misión consultiva de la OIT. Tal empuje tuvo como objetivo la modificación de los Arts. 28, 30, 38 y 39 observados por la CEACyR. No obstante la reforma no preveía nada sobre los Arts. 25, 29, 31, 48 y 52, observados por el CEACyR. V. D.D. ob. Cit. Pág. 51, nota 66 comentario Caso n° 1551/1993 del CLS.

⁹⁶ Mediante el Decreto n° 1096 del año 2000. En el año 2001 una Misión de Asistencia Técnica de la OIT prestó asesoramiento al desarrollo de los trabajos preparatorios impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.)

⁹⁷ El Gobierno comentaba que sobre la base del consenso con los actores sociales, dado que el sistema normativo vigente es el resultado de una ecuación en la que se conjugan factores históricos, socioeconómicos y políticos y por ende la modificación de la norma presupone responder a esos factores y su resultado afecta a los titulares de los derechos por ella consagrados (Comentarios de la CEACR s/ r.c. año 2004).

cuando haya un trato discriminatorio, porque interesa a toda la comunidad, organizada en un Estado Social y Democrático de Derechos.

Sin duda que el modelo sindical argentino de unicidad promocionada, pretendió dar protección privilegiada al sindicato que obtuviese personería gremial y a todo representante sindical que perteneciera a esta única entidad (puesto en crisis por la Corte en el fallo “ATE”). En el desarrollo del nuevo contexto de Derechos Humanos, partimos de la idea que el art. 47 de la LAS es un medio de cobertura de todas aquellas contingencias frente a las cuales el ordenamiento positivo no prevé un medio expresamente previsto para el mismo fin protectorio y reconoce a “todo trabajador o asociación sindical”, como señalamos y a impulso de nuevas expresiones de los trabajadores que buscan un nuevo espacio. Es claro, que debe ser entendido como un instrumento apto para todo trabajador que no cuenta con la protección de los art. 48 a 52, LAS, es decir para los que no son representantes de un sindicato con personería gremial y para toda asociación simplemente inscripta que no cuenta con las prerrogativas legales previstas para los que detentan la mentada personería gremial concedida por la autoridad de aplicación.

Ahora es el momento para empezar con el dialogo social postergado que requiere un modelo sindical que se haga cargo del diseño constitucional que se ubica en los derechos del trabajador, individualmente considerado, es decir en el primer apartado del 14 bis, la organización sindical libre y democrática, que necesariamente conjura una relación de lo individual y lo colectivo como “recíprocamente complementarios” tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, o la que desee formarla, cuanto para las relaciones entre todos y cada uno de los sindicatos. El régimen jurídico que se establezca en la materia: “...*debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse...*”⁹⁸. Llegó el momento que los trabajadores decidan qué “Modelo para armar”.

⁹⁸ Conforme Considerando 7° del Fallo ATE <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>