



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

Mendoza, 7 de Abril de 2.014.-

**Ref: Resumen AMICUS CURIAE ante plenario de la
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA.**

ASUNTO: "Es aplicable el art.58 del laudo 17/75 a los trabajadores del sector Prensa en relación al art. 141 de la Ley Nacional de Empleo y de los arts. 10 y 4 de las Leyes N°23.928 (Ley de Convertibilidad) N° 25.561 (Ley de emergencia pública y reforma de régimen cambiario) respectivamente".

Excma.

**Suprema Corte de Justicia de
Mendoza**

Lucas Lecour y Carlos Varela Alvarez, ambos de profesión abogados, en nombre y representación de **XUMEK, Asociación Civil para protección y promoción de los Derechos Humanos** (Aprobada mediante Resolución 1158/2007 de la Dirección de Personas Jurídicas, Ministerio de Gobierno, Provincia de Mendoza – CUIT n° 30-71113036-1), fijando domicilio legal para estos efectos en calle 25 de Mayo N° 685 de Godoy Cruz, Mendoza de la maneras más atenta nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. PETITORIO

Solicitamos tenernos como *amicus curiae* para someter a consideración de este Ilustre Tribunal elementos de derecho en el Plenario que se ha convocado en relación a cuestiones de derecho laboral y constitucional a los fines de



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

armonizar la jurisprudencia del Tribunal y de evitar decisiones encontradas que pongan en riesgo la seguridad jurídica.

II. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE EN EL CASO.

XUMEK es una organización no gubernamental sin fines de lucro integrada por estudiantes y profesionales de distintas disciplinas de las ciencias sociales que desde el año 2006 viene sacando a la luz graves violaciones a los derechos humanos ocurridos en la República Argentina, exponiéndolos ante la opinión pública y los órganos de justicia nacional e internacional. Nuestras principales actividades se ha visto reflejada en los Informes Anuales que hemos elaborado, donde ponemos el acento en la calidad institucional de la función pública.

En este caso particular el interés de XUMEK estriba en dar su punto de vista sobre cuestiones que hacen al derecho laboral y constitucional, ergo de importancia para los derechos humanos.

Un Plenario de la Corte implica que se van a debatir asuntos de trascendencia social y jurídica y por tanto es importante para esta entidad, de conformidad con el art.14 de la CN expresar su opinión.

El resultado del Plenario no sólo tiene impacto para quienes son sus directos interesados, sino que también lo tiene desde el punto de vista académico y de la investigación jurídica, la sistematización de la jurisprudencia y el análisis de casos de derechos humanos, en este aspecto donde se conjugan el derecho de propiedad, salario, libertad de expresión, tutela judicial efectiva, juicio justo, imparcialidad y debido proceso, transparencia y recta administración de justicia, todos ellos aspectos constitucionales de enorme valor.

Consideramos especialmente que toda/o abogada/o desarrolla una función social y de contribución a la justicia. De allí nuestro especial interés en que en este caso y en cualquier caso que sea sometido a vuestra consideración



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

se tenga en cuenta los principios y estándares internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido, nuestro escrito en calidad de *amici curiae*, pretende aportar argumentos jurídicos sobre aspectos relacionados con el presente caso, específicamente respecto a la observancia de garantías que conforman el debido proceso y que validan cualquier decisión de todo órgano jurisdiccional, garantizando la tutela jurisdiccional de todo justiciable.

III. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE.

1. El “*amicus curiae*”, que en su acepción etimológica significa “*amigo de la corte*”, es una institución de antiguo origen, que responde efectivamente a su nombre etimológico: una persona que se acerca amigablemente a la Corte y, de manera voluntaria y con el ánimo de contribuir en el debate y en la decisión final, aporta sus conocimientos y experiencia sobre las materias que se encuentran en discusión en un proceso judicial, en la seguridad de que podrán ser tomados en consideración por los juzgadores al momento de resolver las controversias puestas a su decisión. Se trata de terceros, ajenos al problema que se discute en las Cortes o Juzgados, pero que tienen, evidentemente, un interés justificado y legítimo en que sus opiniones puedan ser escuchadas¹.

2. La institución proviene del Derecho Anglosajón y es una práctica consolidada en países como Inglaterra, Estados Unidos (Regla 37 de las Reglas del Tribunal Supremo) o Canadá (regla 18 de las Reglas del Tribunal Supremo). En términos generales, puede definirse como aquella persona física o jurídica que,

¹ Véase LOAYZA TAMAYO, Carolina y PIEROLA BALTA, Nicolás de. Los informes de *amici curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Internacional N° XII, 1996. Universidad de Pamplona. Páginas 451-4. Véase también en Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, 1995. Vol. 52 (N° 2); 1996, Vol. 53 (N° 3); 1997, Vol. 54 (N° 1), págs. 161-219. Véase también LOAYZA TAMAYO, Carolina; y PIEROLA BALTA, Nicolás de. Los informes de *amici curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. No. 5. II Época, 1er. Semestre 1995. Lima, 1996, pág. 4-21.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva.

3. El *amicus curiae* tiene un fin social también, pues no se limita a la intervención directa en la apreciación y análisis del caso controvertido en cuanto al derecho y aspectos jurídicos. Siendo éste su fin primordial, a partir de allí persigue fomentar la democracia *participativa*, posibilitando el acceso del pueblo a las decisiones que adoptan los tribunales; procurando garantizar el más amplio *debate* en los casos de trascendencia institucional o que resulten de interés público. De allí que, en definitiva, es un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de personas o grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales.

4. El *amicus curiae* tiene raigambre en el Derecho Internacional. Se le reconoce en los Tribunales Internacionales y Regionales que se ocupan de la protección de los Derechos Humanos, como los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (artículo 74 de las Reglas del Tribunal) y para Ruanda, la Corte Penal Internacional (artículo 103 de las Reglas de Procedimiento), o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 36 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos). Incluso la Corte Internacional de Justicia, pese a no contar en su Estatuto con ninguna disposición que le otorgue tal facultad, ha asumido en alguna ocasión la potestad de tomar en consideración comunicaciones *amicus curiae* en el ejercicio de su jurisdicción consultiva. Y en el ámbito de las organizaciones internacionales y regionales de carácter económico, cabe destacar la previsión de las comunicaciones *amicus curiae* en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (artículo 37 del Estatuto) y ante el Grupo de Inspección del Banco Mundial (artículo 50 de los Procedimientos Operacionales).



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

5. La institución del *amicus curiae* se encuentra comprendida dentro de los alcances del artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 54.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé de forma expresa la posibilidad de presentarse en calidad de *amicus curiae* ante dicho tribunal.

6. En América Latina, se puede mencionar que en Argentina se ha reconocido que la institución del *amicus curiae* forma parte de una tradición jurídica universal y nuestra Corte Suprema ha reglamentado su ejercicio en caso de interés público. Ha sido aceptada por los tribunales de países como Chile, Paraguay, entre otros países de nuestro continente, además de haber logrado un mayor desarrollo. Incluso, por acción de los propios jueces su naturaleza ha sufrido una transformación: de una inicial colaboración neutra con el tribunal se ha transformado en una suerte de interventor comprometido con una de las partes.

7. El “*amicus curiae*” se ha convertido, así pues, en una institución que tiende a brindar aportes a la mejor resolución de las controversias. Desde ese punto de vista constituye un instrumento valioso para reforzar los argumentos en determinados temas que deban ser resueltos por los órganos jurisdiccionales.

IV. BREVE REFERENCIA A LOS HECHOS QUE OBRAN EN LOS AUTOS.

8. El plenario sobre el cual se presenta este *amicus curia* está determinado o tiene como origen las diversas presentaciones que han realizado trabajadores de la prensa haciendo su reclamo sobre rubros que se pretenden comprendidos dentro del Convenio Colectivo de Trabajo 17/75.

Enfáticamente sostienen la vigencia de dicho Convenio sobre el acuerdo salarial que firmara el Sindicato de Prensa de Mendoza, entonces



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

dirigido por ROBERTO PICCO, en abril del 2011, por considerar que el mismo es a la baja y regresivo.

La discusión se centra además en la prevalencia del fallo de esta SCJ en “*Asumma Orlando vs. SUPERCANAL*”, que fuera resuelto en febrero del 2011 a favor del actor estableciendo la validez y vigencia del art. 58 del Convenio Colectivo.

En definitiva la discusión aparece propicia sobre el contenido del art. 58 de ese Convenio que establece una escala salarial que para el primer grado de trabajadores de prensa, los aspirantes, implica el doble del salario mínimo vital y móvil.

9. El fallo *Asumma* en definitiva ha motivado nuevas y sucesivas presentaciones de trabajadores de prensa solicitando la aplicación de este precedente contra diversas empresas de medios de comunicación de Mendoza. Esta situación, más el hecho que ha variado la composición de las Salas de la Suprema Corte, ameritan con mayor razón nuestro interés en participar con este aporte en esta discusión que debe darse el máximo tribunal local.

V. CUESTIONES A SER ANALIZADAS EN EL ESCRITO DE AMICUS CURIAE

10. De las incidencias que hemos señalado surgen entonces las cuestiones centrales o de fondo que motivan este *amicus curia*:

a. *¿Puede una representación gremial acordar un convenio colectivo de mejor jerarquía o con disminución salarial contraria al vigente?*

b. *¿Puede la Suprema Corte de Justicia ir contra su propia jurisprudencia para dar solución a los casos presentes o futuros?*



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

11. **El CCT 17-75:** Como decíamos este Convenio establece lo siguiente en materia laboral para la gente de prensa:

“SALARIOS, CARGAS SOCIALES Y BENEFICIOS SOCIALES

ARTÍCULO 56°-SALARIO BÁSICO: se fija como salario básico el establecido en el presente convenio y el que pueda conformarse en el futuro, según los incrementos salariales que se produzcan por disposiciones de leyes y decretos nacionales y/o acuerdos de paritarias.

ARTÍCULO 57°- SALARIO DE MENORES: el salario de los menores queda establecido de la siguiente forma(...) la suma de PESOS SEIS MIL SEISCIENTOS (6.600) mensuales, deduciéndose las disminuciones que establecen las normas legales vigentes respecto del pago(...) salario del menor.

ARTÍCULO 58°- REMUNERACIONES: se establece la siguiente escala de salarios y categorías:

REDACCIÓN:

Aspirante: el salario de esta categoría profesional se calculará en base a un incremento del 100% sobre el Salario Mínimo Vital y Móvil.

Reportero: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del aspirante, con un incremento del 12%.

Cronista: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del reportero, con un incremento del 17%.

Redactor: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del cronista, con un incremento del 19%.

Encargado o jefe de sección: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del redactor, con un incremento del 22%.

Editorialista: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del encargado o jefe de sección, más el 15%.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

Jefe de Noticias o prosecretario: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo editorialista, con un incremento del 15%.

Secretario de Redacción: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del Jefe de Noticias, con un incremento del 10%.

Secretario general: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del Secretario de Redacción, con un incremento del 10%.

Jefe de Redacción: el salario de esta categoría será igual a la suma del sueldo del Secretario General, con un incremento del 10%.”

12. En el precedente *Asumma* la patronal, en este caso SUPERCANAL, adujo que dicho artículo había sido dejado sin efecto tanto por el Convenio firmado luego por ROBERTO PICCO como por la existencia de otras leyes vinculadas a la existencia del SALARIO MINIMO VITAL Y MOVIL Y CONVERTIBILIDAD Y EMERGENCIA ECONOMICA (Leyes N° 23.298, 24.013 y 25.561).

Ahora bien debe entenderse una necesaria cronología de los hechos para poder asumir una posición justa.

El convenio 17/75 fue nuevamente puesto en vigencia recién en el año 2.004, pero sucesivas presentaciones de las patronales impidieron su aplicación hasta el fallo *Asumma* en el 2.011, es decir, hay un tema por decir histórico en su reclamo que ha hecho que por más de seis años dicho Convenio no pudo implementarse. Hoy el llamado a PLENARIO es quizás la última oportunidad para poder hacer realidad dicha norma.

En abril del 2.011 el Sindicato de Prensa, dirigido por ROBERTO PICCO, firma un nuevo convenio colectivo de trabajo que contradice lo resuelto por esta SCJ en el caso *Asumma*, lo que constituye un nuevo impedimento para su vigencia, esta vez de la mano de sus propios representantes gremiales que en forma incomprensible, dos meses después del fallo, firman un acuerdo contra lo resuelto.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

Luego, en junio del 2.011, el Ministerio de Trabajo de la Nación, merced la RESOLUCION 1.760 estableció la plena vigencia del art. 58 del CONVENIO COLECTIVO 17/75.

13. Dicho esto tenemos un tema no menor que es la regresividad en materia de las relaciones laborales. De esa misma consideración se desprenden invariablemente otros derechos o garantías en juego.

- a. La cláusula de mejor derecho.
- b. La convocatoria del art. 28 de la CN.
- c. La jurisprudencia en materia del derecho del trabajo especialmente en el ámbito de la OIT y dentro del Sistema Interamericano lo que ha expresado la CORTE IDH y el Protocolo de San Salvador.
- d. El test de escrutinio estricto.
- e. La doctrina de los actos propios siguiendo las reglas del *Estoppel*.
- f. El principio de interdicción de la arbitrariedad como sustento de la debida motivación: Derecho a una decisión justa.
- g. Derecho a una decisión justa

14. **La Cláusula de mejor derecho:** En el derecho internacional de los derechos humanos encontramos que frente la existencia de varios derechos, un nacional puede hacer valer aquel derecho que mejor le garantice su presentación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2.009 y 2.011 (*“Dana Germano s/casación” Causa 12792. Fallo G. 763 XLVI*) se expidió por mayoría en favor de este principio.

Definimos la cláusula al mejor derecho como el derecho subjetivo, la facultad, atribución o posibilidad de exigir o demandar del Estado la aplicación de la norma jurídica material o procesal más protectora de derechos de entre los



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

de cualquier Estado integrante de una Federación o de otra clase de asociación de Estados, tal como surge de la interpretación evolutiva y humanitaria de los artículos 28.3, 24, 1.1, 16.5 y 17.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El concepto del derecho al mejor derecho parte de una concepción igualitarista que considera que las legislaciones locales no pueden restringir derechos y garantías consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos y que, por ende, los ciudadanos amparados por los tratados que los receptan tienen el derecho de reclamar la aplicación de legislación extraña a su propia jurisdicción territorial, que contemple de un modo más amplio y generoso la efectivización de sus derechos y garantías.

Esta cláusula nace del principio *pro homine*, que es precisamente la que sostenemos que debe primar en estas circunstancias, porque es la que mejor se conjuga con aquellas cláusulas que garantizan la progresividad de los derechos laborales, la no regresividad y por ende el derecho a elegir el mejor derecho. Este mejor derecho tiene también su fundamento en saber determinar cuál ha sido el mejor derecho en la relación la laboral de las personas.

15. El art. 28 de nuestra Carta Magna es importante que sea tenido en cuenta. Constituye una piedra basal a los fines de entender que nuestra constitución no es un techo sino un piso de garantías y que ninguna reglamentación puede disminuir esa construcción. En ese contexto la Corte IDH ha ido construyendo fallos que ensanchan el camino de los derechos sociales y económicos. Los precedentes Baena, Ricardo y otros 270 trabajadores vs Panamá y Trabajadores Cesanteados del Congreso vs Perú son elocuentes al amparo del Protocolo de San Salvador, ratificado también por nuestro país. Toda esta ingeniería de los tratados también se ha visto acompañada por la existencia de lo actuado por la OIT especialmente, con relación a la aplicación de los convenios, tales como el Informe 286 que analizan las consecuencias de las leyes de emergencia.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

16. Otro elemento necesario a tener en cuenta es el **test de razonabilidad o de escrutinio estricto** respecto de las legislaciones invocadas. Este proceso de análisis constitucional de las normas lo podemos ver en dos sistemas; el estadounidense y el de la Corte IDH.

La Corte Suprema Norteamericana, que ha sido el tribunal que ha marcado los grandes rumbos para las decisiones con referencia al derecho a la igualdad (*equal protection of the laws, en su versión norteamericana de las enmiendas quinta y decimocuarta*). Según esa amplia línea de precedentes, cuando el Estado realiza, a través de un acto cualquiera, y en especial de una ley, una diferenciación entre las personas que incide en cuanto al goce de un derecho fundamental (en este caso, el derecho a obtener la libertad ambulatoria si no se es juzgado en un plazo razonable), esa diferenciación debe ser sometida a un “*escrutinio estricto*” por los tribunales, es decir, al más intenso análisis de razonabilidad, para juzgar su adecuación o no al derecho a la igualdad. La Corte estadounidense entiende por derechos fundamentales y protegidos por la garantía de la igual protección, entre otros —la lista no es cerrada ni exhaustiva—, además del derecho a la libertad ambulatoria, a las llamadas “libertades preferidas” —expresión, asociación, asamblea y privacidad—, al derecho a votar y al acceso a la justicia contra privaciones gubernamentales de la vida, la libertad o la propiedad².

Dicho tribunal utiliza también este estándar de revisión, como razón autónoma, “*cuando las clasificaciones gubernamentales distinguen entre personas en términos de algún derecho, sobre una base sospechosa*”, tales como la raza, el origen nacional o la condición de extranjero, las cuales se consideran “*categorías sospechosas*”, destinadas en principio a conducir a la inconstitucionalidad de las normas que las disponen. En otros términos, el escrutinio estricto será aplicado en aquellos casos

² Cfr. TRIBE, L., *American Constitutional Law*, 2nd ed., The Foundation Press, Mineola, New York, 1988, pp. 1458-1465; NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, 6th ed., West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 435 y 437.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

en los que el Estado establezca clasificaciones por las que deniegue o restrinja a ciertas clases o grupos de personas el ejercicio de derechos fundamentales³.

En los casos sometidos a “*escrutinio estricto*”, la Corte Suprema estadounidense parte de una presunción de inconstitucionalidad de la diferenciación normativa. Por eso, recae sobre el Estado la carga de probar que la distinción establecida busca el logro de un *compelling state interest*, es decir, de un interés estatal apremiante, urgente, una finalidad imperiosa y primordial, y el propio tribunal que juzga la medida puede hacer indagaciones para establecer cuál es el verdadero fin que el poder ha tenido en mente al resolver la medida o dictar la norma⁴.

Si el gobierno puede demostrar tal fin, viene un segundo nivel de análisis: la Corte considera que la clasificación es ilegítima si además no se ha llegado a la conclusión adicional de que ella resulta necesaria o se encuentra estrictamente confeccionada (*narrowly tailored*) para promover dicho interés primordial⁵. En palabras del tribunal, el escrutinio estricto exige así que “... *la ley deba perseguir un interés estatal apremiante mediante los medios menos restrictivos disponibles*”⁶.

Los estándares referidos se identifican con los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del control de legitimidad de

³ Sobre las categorías sospechosas en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, cfr. DORF, M.C., “Equal Protection Incorporation”, 88 *Virginia Law Review* 951 (2002). El escrutinio estricto se contraponen con otros análisis de posibles violaciones al derecho a la igualdad de estándares más leves, que son utilizados para casos donde no hay una “categoría sospechosa”. Así, en primer lugar, el escrutinio intermedio (*intermediate scrutiny*) se utiliza para los casos de “categorías cuasi-sospechosas” (sexo) y, en segundo lugar, el más leve de los tres análisis, denominado revisión sobre la base racional (*rational basis review*), que se utiliza para el resto de las diferenciaciones legales. Sobre esto cfr. STONE, G.R., SEIDMAN, L.M., SUNSTEIN, C.R., y TUSHNET, M.T., *Constitutional Law*, 3rd ed., Aspen Publishers, 1996, pp. 561-594 y 697-742; y TRIBE, L., *American Constitutional Law*, ob. cit., p. 1553-1618.

⁴ Cfr., entre innumerables casos, *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 192 (1964); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

⁵ Al respecto existen también multitud de casos. Son de destacar, entre ellos, *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), voto del Justice Powell; y, más recientemente, la mayoría de la Corte en *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. (2003) [página aún no asignada].

⁶ *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984).



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

las leyes que regulan derechos utilizado por el Derecho europeo continental, en especial Alemania y España⁷.

De este modo, todas las diferenciaciones normativas referidas al ejercicio de derechos fundamentales son consideradas, en principio, ilegítimas e inconstitucionales y sujetas a un severo escrutinio judicial.

Los elementos del escrutinio estricto estadounidense son sustancialmente equiparables a los que surgen de la jurisprudencia de nuestro sistema interamericano de derechos humanos.

De esta manera, en cuanto a la relevante importancia que debe tener la finalidad que persiga la ley que realiza distincos (*compelling state interest*), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido reiteradamente que toda diferenciación efectuada por una ley debe tener necesariamente una “justificación objetiva y razonable” para no violar el derecho humano a la igualdad⁸. De esta manera, “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”⁹. Al tomar esta postura la Corte ha seguido, con cita expresa, diversas decisiones de la Corte Europea de Derechos humanos, exigiendo también dicha justificación¹⁰. La misma idea puede encontrarse en el Comité de Derechos Humanos de la ONU¹¹.

La misma Corte Interamericana se ha referido a este estándar de la “*justificación objetiva y razonable*” hablando de que la distinción, para ser

⁷ Cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., *El principio de proporcionalidad*, cit., *passim*.

⁸ Cfr. Corte I.D.H., OC-4/84, cit., párr. 56 y voto separado del juez Piza Escalante, párr. 12; OC-18/03, cit., párrs. 89 y ss. y 105; y, muy recientemente, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párr. 185, entre otros precedentes.

⁹ Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 218.

¹⁰ Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Reports 2002-IV, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, Reports 2002-IV, para. 46; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

¹¹ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *Joseph Frank Adam c. República checa*, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, párr. 12.4.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

aceptable, debe “orientarse legítimamente”, es decir, no conducir a “situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”, de modo tal que siempre habrá discriminación, y por tanto inaceptable, si la diferencia de tratamiento que el Estado realiza frente al individuo parte de supuestos de hecho similares y no expresan de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse la justicia y de la razón, es decir, “no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos”¹².

Para entender cuándo hay una justificación objetiva y razonable, la Corte Interamericana ha seguido el criterio postulado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual: “Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 [del Convenio Europeo]. Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo”¹³.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana si una norma que establece distinciones es impugnada por crear presuntas desigualdades, el Estado debe demostrar que posee una justificación objetiva y razonable, o, dicho de otro

¹² Cfr. Corte I.D.H., OC-4/84, cit., párr. 57; OC-17/02, cit., párr. 47; y OC-18, cit., párr. 91.

¹³ Eur. Court H.R., *Case "relating to certain aspects..."*, cit., párr. 10. La Corte Interamericana toma esta idea en la OC-18/03, cit., párr. 90.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

modo, un interés público imperativo. La Corte se pone así en la misma línea expuesta con relación al *compelling state interest* de la jurisprudencia norteamericana.

En este sentido, la Corte ha dicho muy recientemente, en el primer caso contencioso donde declaró una violación al derecho a la igualdad, lo siguiente: *“La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA”*¹⁴.

Sobre la finalidad de la normativa que establezca distinciones, para no caer en discriminaciones inadmisibles, la Comisión Interamericana, encolumnándose también de modo claro tras la doctrina norteamericana del *compelling state interest*, tiene dicho que: *“Los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son susceptibles de una reglamentación razonable y el ejercicio de algunos puede ser objeto de restricciones legítimas. El establecimiento de tales restricciones debe respetar los correspondientes límites formales y sustantivos, es decir, realizarse por medio de una ley y satisfacer un interés público imperativo. No se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquéllas de manera discriminatoria”*¹⁵.

¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 218.

¹⁵ “Cfr. “Observaciones de la Comisión...””, cit., transcriptas en OC-18/03, cit., párr. 47.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

La Comisión también ha señalado, con toda claridad, que al tratarse de impugnaciones de actos gubernamentales relativos al principio a la igualdad en el goce de derechos humanos, se debe presumir la ilegitimidad de la norma o acto estatal que establece la diferenciación, y que debe recaer sobre el Estado que estableció la norma todo el peso de la carga de la prueba sobre la razonabilidad, indispensabilidad y necesidad de la medida. Dejemos que la propia Comisión lo diga:

“El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, ‘que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios’. (...) Con el fin de resaltar la importancia del principio de igualdad y no discriminación, los tratados de derechos humanos establecen expresamente ese principio en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El artículo 8.1 de la Convención Americana debe ser mencionado por su particular relevancia para la presente solicitud de opinión consultiva. La igualdad es un elemento esencial del debido proceso. (...) Cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1 de la Convención Americana conlleva ‘una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado’ (...) El Estado tiene la carga de probar que es ‘permisible’ restringir o excluir la aplicación de alguna disposición del instrumento internacional a una clase determinada de personas, como los extranjeros. La “condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”¹⁶.

¹⁶ Cfr. *ibid.*



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

Siguiendo estas ideas, la propia Comisión Interamericana ha recogido en sus pronunciamientos el *test* del “*escrutinio estricto*”: “*Como ya se indicó, las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción*”¹⁷.

El escrutinio estricto es también utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁸.

Nótese que esos factores de distinción mencionados explícitamente en los tratados de derechos humanos configuran “*categorías sospechosas*”, que, al igual que la afectación de derechos fundamentales, reclaman la utilización del escrutinio estricto¹⁹. Se trata, como se recordará, de los siguientes: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (cfr. PIDCP, DADDH y CADH, normas ya citadas).

Bajo este principio ¿cuáles serían los argumentos razonables para justificar la prevalencia de leyes de emergencia económica que justifiquen la preeminencia sobre el art. 58 de la CCT?; ¿Qué situación de crisis que si se produjeron en los años 80 y 90 permiten hoy esta aseveración?; ¿Cómo comparar el actual contexto con la dictadura militar que lo suspendió?

Por ello dichas normas o reglas que se pretenden imponer sobre el CCT 17-75 hoy no pueden aprobar el test de razonabilidad porque estaríamos en una discriminación de derechos.

¹⁷ Comisión I.D.H., *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, Original: inglés, párr. 338.

¹⁸ Cfr. *ibid.*, nota 805.

¹⁹ Cfr. GULLCO, H.V., “El uso de las categorías sospechosas en el Derecho argentino”, publicado en <http://islandia.law.yale.edu/sela/gullcos.pdf>, en esp. p. 20.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

17. Casi finalizando nuestra exposición debemos tener en cuenta como se ha ido expidiendo la Suprema Corte Justicia de Mendoza al respecto. En 1.992 dijo que el art. 58 de la CCT 17-75 estaba vigente desde enero de 1.988 en el fallo Ruarte vs. Los Andes con la composición de dos de los actuales miembros, HAMILTON SALVINI y JORGE NANCLARES, en el 2.010 SALVINI, LLORENTE Y BOHM también votaron en favor de este art. 58 por su vigencia.

Soluciones contrarias de quienes ya han expresado su opinión puede hacernos caer en lo que se conoce como *Estoppel* o doctrina de los actos propios. Por eso debemos remitirnos a la institución del derecho anglosajón que se denomina *estoppel*, definido como estorbo, detención o impedimento²⁰. En el análisis de esta figura aparece *el estoppel by fact in pais*, que ha sido trabajado muy bien por el autor **José Puig Brutau** en su obra “*Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*”. Allí lo define como la “*imposibilidad de negar posteriormente o discutir en juicio el título del adversario o su derecho que ha sido reconocido previamente*” (pág 109). Es cierto también como sostiene **Alejandro Borda**, que el *estoppel* mira más a la apariencia jurídica que al comportamiento coherente (*Teoría de los actos Propios Ed. Abeledo-Perrot, pág.33*). A su vez encontramos en los alemanes la figura del “*verwirkung*” y este concurre si se dan estas hipótesis: a) Quien frente a un negocio jurídico ineficaz lo cumple voluntariamente luego no puede impugnarlo. b) Quien ha elegido entre una o dos opciones no podrá luego pretender modificar su decisión, porque el destinatario de la elección ha podido adecuar su conducta a ella. c) Quien ha creado con su comportamiento una apariencia determinada, en el cual otro sujeto ha confiado, tiene que permitir que éste la haga valer en su contra. d) Toda persona debe soportar el riesgo de sus propios actos, aún los efectuados sin culpa, y no puede alegar su propia torpeza -en su beneficio- para liberarse de una obligación contraída (*Clasificación de Luis Diaz Picazo, en “La doctrina de los actos propios”, pág.80*).

²⁰ Rodríguez Berutti C, “Estoppel”, Adverar el obrar internacional del Estado, LL, pág.1986-E, pág. 876.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

A su vez *Gustav Boehemer* nos relata en su obra “*El derecho a través de su jurisprudencia*” que esta figura en el derecho alemán se ha construido sobre el pensamiento de la inadmisibilidad del abuso del derecho. Ya en 1.929 la Primera Sala Civil del Tribunal del Reich dijo “*Desde hace tiempo está reconocido que, bajo determinadas circunstancias, el **ejercicio retrasado de pretensiones** puede presentar una actitud que infrinja la buena fe por lo que en semejante caso debe ser privada de eficacia jurídica; una conducta semejante es conocida en la jurisprudencia y doctrina con el nombre de retraso desleal y ha sido muy discutido en el derecho de revalorización con la expresión *verwirkung*” (Cit. por *G. Boehemer*, pág 261)*

Yendo a los presupuestos de la teoría de los actos propios los autores coinciden en la existencia de las siguientes características;

a. Conducta anterior eficaz.
b. Ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa.

c. Identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

Cuatro de sus actuales Ministros han expresado a través del tiempo una posición respecto de la vigencia y aplicación del art. 58 del CCT 17-75.

18. Toda la administración pública y todos los actos en los que se manifiesta el poder público del Estado a través de sus diferentes órganos están delimitados por el principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio consagra la prohibición de toda actuación de los órganos públicos desde los cuales se manifiesta el poder, sin justificación. Está proscrito pues todo acto que aparece como la sola expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo realiza, toda forma arbitraria de ejercicio de la función pública. Por ello es necesaria la razonabilidad y argumentación eficaz a los fines de obtener una decisión justa.



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

La Corte IDH ha señalado que *“es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”*²¹.

Según el Tribunal Interamericano, el proceso: *“...es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”*, a lo cual contribuyen *“el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal...”*²².

En atención a la obligación de respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención, la Corte ha señalado que: *“Todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas...”*²³.

Es decir, una decisión justa será aquella en la que el órgano jurisdiccional observe las garantías del debido proceso. En consecuencia, una decisión no es justa en la medida que no se haya respetado las garantías del debido proceso.

Hacemos mención a este principio jurisprudencial en la medida que consideramos que este Alto Tribunal debe extremar la transparencia de sus decisiones a los fines de asegurar un debido servicio de justicia.

²¹ Corte IDH. Caso Baena Ricardo. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 126. Véase LOAYZA TAMAYO, Carolina. EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA. En: <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/debido%20proceso.htm>

²² Corte IDH. OC 16/99, párr. 117. Véase: Véase LOAYZA TAMAYO, Carolina. EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA. En: <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/debido%20proceso.htm> Véase también: Documento de Trabajo de la Comisión Andina de Juristas, elaborado por Luis Huerta Guerrero con la colaboración de Luis Enrique Aguilar Cardozo. En línea: <http://190.41.250.173/RIJ/bases/nuevdh/dh2/lh-deb2.HTM> [consulta de fecha 20 de junio de 2012].

²³ Corte IDH. Caso López Álvarez. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Honduras, párr. 148. Véase: Véase LOAYZA TAMAYO, Carolina. EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA. En: <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/debido%20proceso.htm>



XUMEK

Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos

VI. CONCLUSIÓN:

En función de lo expresado es de nuestra opinión independiente que el art. 58 del Convenio Colectivo 17/75 se encuentra plenamente vigente de conformidad con lo resuelto por el precedente *Asumma*, lo dictaminado por el Ministerio de Trabajo de la Nación y porque toda otra consideración en contrario de ello va contra la normativa constitucional y laboral. Debe ser aplicado además porque así lo han expresado ya los Ministros de la Suprema Corte en el mencionado fallo, Hamilton Salvini, Carlos Bohm y Pedro Llorente. Contradecir la posición ya tomada frente a un mismo tema está en el límite del prevaricato y de las reglas del Estoppel.

Lucas Lecour
Presidente Xumek

Carlos Varela Alvarez
Abogado Xumek