

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*Argentina*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Despido y Discriminación en Argentina

Lorena Natalia VARELA*

Sebastian SESIN**

RESUMEN: La discriminación en el empleo se da en cualquier etapa de la relación de trabajo. A pesar de que el Derecho del Trabajo argentino no regule la conducta discriminatoria como causal de terminación de la relación de trabajo, este artículo analiza el problema desde el punto de vista de los derechos humanos proyectado en la ley argentina, específicamente el principio de igualdad y prohibición de discriminación. Es así, que se enuncian los diversos Tratados Internacionales de los que Argentina es parte, así como los fundamentos constitucionales y de las leyes laborales que protegen al trabajador contra la discriminación. Cabe resaltar que ninguna de las leyes domesticas aborda la reparación en caso de despido discriminatorio. Sin embargo, han surgido dos corrientes doctrinarias al respecto: la primera, en la que si la causa del despido es discriminatoria, no acarrea la nulidad; y la segunda, en la que si el despido es discriminatorio, automáticamente es nulo y se deberá retornar la situación al estado anterior. Asimismo, se hace una distinción entre la discriminación objetiva, en la que se premia el empeño sin afectar la garantía de igualdad, de la discriminación arbitraria, en la que se proyecta la negación de los derechos básicos del trabajador. Finalmente, se hablan de diversos casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Palabras clave: Discriminación en el empleo, despido por discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

* Abogada Asesora de Empresas. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Docente de la Universidad Argentina de la Empresa.

** Abogado Laboralista. Titular del Estudio Jurídico Ambrogetti-Sesin.

1. Introducción

La discriminación en el empleo y la ocupación tiene muchas formas, y ocurre en todo tipo de contexto laboral. Desde el punto de vista temporal del contrato de trabajo, la discriminación puede producirse en la etapa precontractual, es decir en la selección de personal, en la etapa de cumplimiento del contrato, o en la extinción del mismo, ya que es frecuente advertir la existencia de despidos discriminatorios.

En la actualidad no existe disposición en el régimen normativo del Derecho del Trabajo que trate la cuestión del despido discriminatorio en forma específica.

En el presente trabajo se afrontará la temática de la conducta discriminatoria del empleador al momento de extinguir el contrato de trabajo sin justa causa.

Dicha cuestión requiere precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y los derechos a trabajar y a contratar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

Dentro de la problemática del despido discriminatorio analizaremos en especial dos temas de profundo debate en nuestra materia: los efectos del acto extintivo discriminatorio y la reparación de los daños ocasionados por el mismo, abordando la cuestión desde la normativa vigente en la materia y desde los pronunciamientos de nuestros tribunales.

2. Desarrollo

El término discriminar es una acción en sí misma que no implica reproche alguno, puesto que es un acto de discernimiento, se trata de separar las cosas. La palabra discriminar viene del latín y surge de la unión del prefijo “dis” y el verbo “cerniere” (discerniere), lo que se traduce en la capacidad de diferenciar una cosa de otra, ya sean éstas objetos, animales o personas. Debemos diferenciar la discriminación objetiva de la discriminación arbitraria. La primera, la que es legítima, ha sido receptada jurisprudencialmente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, de forma tal que ha aceptado una remuneración mayor a un trabajador

que ha llevado a cabo con mejores resultados su tarea. Así la Corte en numerosos fallos ha reconocido el derecho del empleador de premiar el empeño, la laboriosidad o el buen desempeño de un dependiente sin que ello afecte la garantía de igualdad ante la ley.

La segunda, nos referimos a la discriminación arbitraria, es aquella que se proyecta en la negación de los derechos básicos de las personas a la salud, el trabajo, la educación, la seguridad, el respeto a la dignidad y a la identidad cultural. Se trata de un tratamiento injustificado, hostil, perjudicial, injusto pero asimismo de difícil aprehensión, puesto que dificultosamente sea llevada en público.

Es discriminatoria, toda conducta que arbitrariamente impida, obstruya o menoscabe el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías que consagra nuestra Constitución Nacional, ya fuese que el motivo para tal discriminación se encuentre en cualidades personales o inherentes a la persona, como ser la raza, el sexo, la religión, la nacionalidad, la orientación gremial, etc.; o en cualquier otro motivo que en forma desigual y/o arbitraria impida el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional.

La discriminación se esconde en todos los rincones sociales adoptando formas complejas, y el ámbito laboral no es ajeno a ello.

La discriminación puede presentarse en las distintas fases del contrato de trabajo. Así la discriminación puede producirse al inicio del mismo, durante la vigencia del contrato e incluso en su extinción, nos referimos a los despidos discriminatorios.

En nuestro país debemos partir, en lo que hace a la discriminación en el mundo del trabajo, del Artículo 14 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho a trabajar, en combinación con el Artículo 16 del mismo cuerpo normativo, que brinda el derecho a la igualdad, y con el Artículo 14 bis que instituye la protección al trabajo en sus diversas formas.

Se unen a lo expuesto, una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN) y establecen normas con la finalidad de asegurar la protección del individuo contra todo acto de discriminación. Así encontramos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Arts. 2, 5 y 12); la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (Arts. 1, 8, 13, 24 y 25); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Arts. 1, 2, 10, 12, 16 y 23); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2, 3, 14 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Arts. 2, 3 y 7); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se añaden a este listado, en el plano supralegal, la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960); el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, Art. 3); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

En materia de Derecho Internacional del Trabajo encontramos el Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación y el Convenio N° 100 de la O.I.T. sobre Igualdad de Remuneración. Asimismo, el Convenio N° 98 de la O.I.T. sobre Sindicalización y Negociación Colectiva, en su Art. 1° indica que “los trabajadores deberán gozar de la adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”.

A nivel infraconstitucional la Ley de Contrato de Trabajo, establece una serie de normas que hacen referencia a la discriminación y prohíben un trato desigual fundado en razones arbitrarias. El Art. 17 de la L.C.T. prohíbe “(...) cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”. El Art. 17 bis, incorporado por la ley 26.592, prevé que “las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”. Por su parte, el Art. 81 de la L.C.T. obliga al empleador a dispensar “a todos los trabajadores igual trato en identidad de situación”. De esta manera, el legislador fija pautas para calificar el obrar discriminatorio, y prohíbe el trato desigual entre los trabajadores, siempre que no se encuentre fundado en razones objetivas vinculadas al desempeño en sus tareas.

No obstante ello, no existe norma alguna en la Ley de Contrato de Trabajo que fije una reparación especial para los despidos discriminatorios en general. Sí hallamos en dicho cuerpo normativo incrementos indemnizatorios previstos para determinados supuestos que encubren algún tipo de discriminación. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar el costo que debe afrontar el

empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido por causa de matrimonio del trabajador – Art. 182 L.C.T. – , o en el embarazo de la trabajadora – Art. 178 L.C.T.), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad del despido directo sin causa (Art. 177 L.C.T., Arts. 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551).

En estos casos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discriminatorio y tiene vigencia por un plazo determinado: tres meses anteriores y seis meses posteriores al matrimonio (Art. 181 L.C.T.), por el tiempo que dure la gestación (Art. 177 L.C.T.), siete meses y medio anteriores y posteriores al parto (Art. 178 L.C.T.), por el tiempo que dure el cargo gremial más un año (Art. 48 Ley 23.551), seis meses a partir de la postulación (Art. 49 Ley 23.551). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la Ley de Contrato de Trabajo sobre el despido sin justa causa. Hasta la Reforma Laboral efectuada por la Ley 25.877 , la Ley 25.013 en su Artículo 11 penaba con un agravamiento del 30% en la indemnización por antigüedad, a los supuestos en los que el despido dispuesto por el empleador hubiere estado fundado en motivos de raza, sexo y/o religión. Cabe destacar que en su texto originario –previo al veto del PEN por decreto 1111/98 - dicho artículo también consideraba discriminatorio, los despidos dispuestos por el empleador fundados en motivos de nacionalidad, orientación sexual, ideología, u opinión política o gremial.

No nos caben dudas que dicha norma no alcanzaba los fines protectorios que el derecho del trabajo persigue. La norma era inadecuada por discriminatoria y avara, en virtud de la pretendida enumeración taxativa de las causales y el monto exiguo establecido de antemano. La enumeración de las causas era taxativa, ya que no podía consagrarse como discriminación un despido que no estuviera fundado en esas causales. Esto resulta cuestionable porque limitaba los alcances de los Artículos 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo. También era inadecuada tarifar la conducta disvaliosa. El agravamiento de la indemnización – 30% más que la tarifada por despido sin causa (sin tope) – resultaba exiguo. Asimismo resultaba cuestionable que se hubiera colocado la carga de la prueba exclusivamente en cabeza del trabajador, ya que el empleador se hallaba en mejores condiciones de demostrar que no había existido conducta discriminatoria. Ahora bien, aún cuando la norma no hubiere logrado los fines perseguidos, era clara la finalidad del legislador: agravar el costo de los despidos discriminatorios.

Asimismo en nuestro plexo legal, encontramos la ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios, la que en su artículo 1 establece que:

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.

En el orden interno, también una serie de leyes protege de la discriminación por motivos gremiales (Ley 23.551) y por motivos de enfermedad. En este último sentido, las leyes 22.360 , 23.753 , 23.798 y 25.404 , prohíben la discriminación con motivo del chagas, la diabetes, el sida y la epilepsia.

Lo cierto es que en la actualidad no existe disposición en nuestro régimen normativo del Derecho del Trabajo que aborde la cuestión del despido discriminatorio en forma específica.

Ante la existencia de un despido discriminatorio, es decir aquel despido originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial y la suerte de vacío legal frente a este tipo de despido, podemos encontrar dos corrientes doctrinarias.

Una de ellas entiende que el despido, aunque sea por causas discriminatorias, no acarrea su nulidad y por lo tanto es válido. Los autores que se enrolan en esta corriente doctrinaria, aducen que en ningún caso – por más que el despido se disponga por causas arbitrarias – la medida del acto extintivo podrá perder eficacia resolutoria de la relación contractual, esto es, que el despido debe ser considerado válido y finaliza la relación contractual, amén de las indemnizaciones que de rigor correspondan.

La otra corriente, fundada en la aplicación de la ley 23.592, interpreta que producido el despido por causas discriminatorias (discriminación arbitraria), la medida es nula y deberá retornar la situación al estado anterior, sin perjuicio de reparar el daño material y moral que el trabajador sufriera como consecuencia de dicho acto. Esta parte de la doctrina funda su postura en la existencia de principios rectores superiores a los de la Ley de Contrato de Trabajo, como pueden ser la propia Constitución Nacional, los Tratados Internacionales que prohíben los actos de discriminación, artículos del Código Civil, entre otras normas superiores y supremas.

Corresponde entonces, en primer lugar, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la

relación laboral y el derecho a trabajar y a contratar.

Resulta de esencial importancia en el tema que nos ocupa hacer referencia al fallo “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo” que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el 07 de Diciembre de 2010, confirmando la sentencia de la Sala 2º de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Consideró la Corte que la Ley Antidiscriminatoria – Ley 23.592 – se aplica también a las relaciones laborales privadas y prevalece sobre la libertad contractual y de comercio del empleador.

De este modo, la Corte amplió al derecho individual del trabajo la doctrina contra la discriminación, ya que hasta ese momento había admitido la reinstalación por motivos discriminatorios en los casos de empleados públicos y de delegados sindicales. Por lo tanto, si se prueba que un trabajador fue despedido por alguna causa discriminatoria puede pedir la reincorporación, según la posición mayoritaria de la Corte.

Tal como lo ha expresado la postura mayoritaria en el fallo precedentemente citado:

(...) cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus cogens, "puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". Así, por su carácter "imperativo", rige en el "derecho internacional general", en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a "nivel internacional o en su ordenamiento interno", independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.

El principio, así considerado, acarrea obligaciones que vinculan a todos los Estados y a los particulares.

Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera pudieran crear situaciones de discriminación, también les exigen la adopción de medidas positivas para cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades. Los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, la obligación de no tolerar situaciones de

discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

En cuanto a los particulares, se establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos privados, la cual, en el marco de la relación laboral, se traduce en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

Un claro ejemplo de acción positiva por parte de nuestro Estado Nacional dirigida a evitar y sancionar la discriminación, es la sanción de la Ley 23.592, así como también su interpretación y aplicación por parte de nuestros Tribunales. Por cierto, nada impide que dicha ley sea aplicada al ámbito del derecho del trabajo.

Ello significa que ante la existencia de un despido discriminatorio, el trabajador damnificado podrá ampararse en la Ley 23.592 y solicitar se deje sin efecto el acto discriminatorio, o sea se declare nulo el mismo por ser contrario a derecho, se le repongan las cosas al estado anterior que tenían – es decir, se lo reinstale en su puesto de trabajo – y a que se le repare el daño moral y económico que sufriera. O bien si el trabajador no quisiera continuar con el trabajo que realizaba, podrá optar por no reclamar la reinstalación y pretender sólo la indemnización de los daños materiales y morales padecidos, independientemente de las indemnizaciones que le correspondiera percibir en razón del despido.

Es vano así que se alegue que no se puede obligar al empleador a la reinstalación o que la Ley 23.592 no es aplicable al derecho del trabajo.

El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido validez constitucional a una intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador. Así en los autos “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía” nuestro más Alto Tribunal expresó que:

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

La reinstalación del empleado no conlleva una supresión de las facultades discrecionales del empleador de organización y dirección de la empresa. Y ello así puesto que dichas facultades y la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y

lugar podrían dejar de estar limitados por el respeto de la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación. No debemos olvidar que como lo prevé la Ley de Contrato de Trabajo, "el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí", de manera que "sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley" (Art. 4°).

Admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada en base al respeto de las instituciones, de los derechos y de las garantías constitucionales.

Asimismo la reinstalación guarda coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos. En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó que el Artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE (9-2-1976) requería medidas apropiadas para reestablecer la igualdad cuando no ha sido receptada, las cuales debían garantizar una protección jurisdiccional efectiva y surtir un efecto disuasorio real frente al empleador. Así apuntó, en el supuesto de un despido discriminatorio, una de las modalidades para reestablecer la situación de igualdad se presentaba cuando el trabajador discriminado recuperaba su puesto de trabajo.

Por su parte, el Artículo 1 de la Ley 23.592 no ofrece ningún argumento razonable que permita afirmar que el dispositivo legal no es aplicable cuando el acto discriminatorio es un despido y el damnificado un trabajador dependiente. Admitir lo contrario implicaría que el legislador habría incurrido en una grave inconsistencia, pues establecer que la ley 23.592 sólo rige para todos los sujetos que resulten víctimas de un acto discriminatorio, con excepción de los ilícitos que se verifiquen en el ámbito laboral se traduciría en discriminar a todos los trabajadores sólo por su condición de tales.

El Doctor Juan Carlos Fernández Madrid , afirma al respecto que:

(...) la Constitución Nacional establece el principio general de no discriminación en los arts. 14 bis y 16, y el artículo 43 cierra toda posibilidad a la admisión de un trato discriminatorio cuando expresa que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo contra cualquier forma de discriminación...

Expresa además que, la ley de contrato de trabajo es explícita sobre el punto en los Arts. 17 y 81, y la ley sindical terminante en el tema. Por último, en cuanto a la aplicación de la Ley 23.592 en el ámbito laboral, dice que:

(...) lo importante del despido discriminatorio en el régimen de la ley 23.592 y en los

tratados internacionales constitucionalizados es que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo... el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 16) y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044, C.C.), produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C.C.) motivo por el cual es obvio que el perjuicio, debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 C.C.).

Asimismo el principio de progresividad, de consagración constitucional, valida la utilización de la norma general contraria a los actos de discriminación en el ámbito propio del derecho del trabajo.

En consecuencia, nada hay de objetable, que ante la existencia de un despido discriminatorio, sea de aplicación de la Ley 23.592, sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento interno debe ser llevada a cabo con auténtico sentido constitucional y, por el otro, el trabajador es un sujeto preponderantemente tutelado por parte de nuestra Carta Magna.

Cabe destacar que, resulta importante considerar la prueba de la discriminación. El mismo día que la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo “Álvarez” (07/12/2010), nuestro máximo Tribunal, en el fallo “Pellejero c/ Banco Hipotecario S.A.”, rechazó la demanda porque no se había comprobado que existiese discriminación. Allí revocó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, la cual había condenado a la demandada a reincorporar a la actora por considerar que ésta había sido objeto de un despido discriminatorio.

En cuanto a la prueba de la discriminación, afirmar que la misma corresponde al trabajador discriminado es equivalente a la negación misma del acceso a la justicia por parte del damnificado, puesto que el acto discriminatorio difícilmente sea llevado en público. Hay varios principios procesales que deben imperar en la materia.

Tal como lo expresa la Dra. Estela Milagros Ferreirós

(...) en primer lugar, rigen en el derecho procesal del trabajo, todos los principios de la disciplina, incluido el principio protectorio; a ello debe añadirse que siempre hay que tener en cuenta, que corresponde en temas tan ríspidos, probar al que en mejores condiciones está de hacerlo, pero, además, no deben desdeñarse los indicios, es decir, aquellos signos que sin mostrar claramente los hechos, me indican que existen porque son signos de su existencia.

Agrega la Dra. Ferreirós que

(...) rige también en esta materia, el artículo 9 de la LCT, con su última reforma, cuando, entre otras cosas, estatuye, que: “... Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador” (Texto

según la ley 26.428, art. 1).

Así el trabajador que invoque que su despido resultó discriminatorio deberá aportar indicios suficientes sobre el comportamiento del empleador, y frente a ello, será éste último quien deba demostrar que la extinción del contrato se produjo por un hecho objetivo alejado, en la realidad, de dicha imputación.

La protección de los derechos del trabajador afectado por un acto de discriminación debe ser severa y eficaz, manteniéndolo indemne en su carácter de víctima de un acto ilícito extracontractual y brindando el resguardo constitucional que cualquier ciudadano de la Nación merece ante dichas conductas.

De todo ello se desprende que, todos los actos discriminatorios, incluidos lógicamente los que tienen como destinatarios a un trabajador, deben ser juzgados con arreglo al juego armónico de la Ley 23.592, de la Ley de Contrato de Trabajo, del Preámbulo y los Artículos 14 bis, 16, 31, 33 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que preservan la igualdad ante la ley y repudian la discriminación.

Luchar contra la discriminación no sólo es un deber del Estado a través de la adopción de medidas positivas tendientes a prevenir y revertir situaciones de exclusión en la sociedad sino también es una obligación de todos nosotros, tanto en el ámbito laboral como en todos los demás ámbitos de nuestras vidas. Sólo de esa manera ayudaremos a construir una sociedad más justa, donde prevalezca la inclusión y el respeto por los derechos humanos.

3. Conclusión

La discriminación, como valor negativo dentro de la sociedad, no está prevista como causal de despido en la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin embargo, nada impide la aplicación de la ley 23.592 en caso de encontrarnos con un despido discriminatorio, puesto que la proscripción de la discriminación no admite salvedades ni espacios de tolerancia.

La ley 23.592 repara retrotrayendo el acto dañoso, de manera tal que, lo elimina de los actos eficaces dentro del mundo jurídico. Se extrae así, de la vida del contrato de trabajo, el acto dañoso y se permite la continuidad del mismo, dejando de lado, la acción extintiva del empleador que pretendió poner fin discriminatoriamente al contrato de trabajo. Asimismo el legislador ha impuesto, por la propia ilicitud del acto discriminatorio, la reparación de los daños y perjuicios que hubieran podido producirse.

Obviamente el trabajador podrá optar, por no reclamar la reinstalación y pretender sólo la indemnización de los daños materiales y morales padecidos. Por el contrario, no puede tener tal opción el empleador ni podrá alegar el mismo que la ley 23.592 no es aplicable al derecho del trabajo o que la reinstalación del empleado conlleva una supresión de sus facultades discrecionales de organización y dirección de la empresa. Y ello así, puesto que los alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que pudieran ser, de ninguna manera podrían dejar de estar limitados por el respeto de la dignidad del trabajador y los principios de igualdad y no discriminación.

La relación laboral es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.

Cientos de millones de personas son víctimas de la discriminación en el mundo del trabajo, ya sea en la etapa precontractual, en la etapa de cumplimiento del contrato o en la extinción del mismo. Esto viola derechos humanos fundamentales, y además tiene profundas consecuencias económicas y sociales.

La discriminación sofoca las oportunidades, desperdicia un talento humano que es necesario para el progreso, y acentúa las tensiones y desigualdades sociales.

Combatir la discriminación es un componente esencial del trabajo decente. Combatir la discriminación es un deber del Estado y un compromiso de todos.

4. Bibliografía

Etala, C. A., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, Astrea, 4^o edición, 2000.

Fernández Madrid, J. C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 2^o edición actualizada, Tomo II,

Ferreirós, E. M., “La discriminación a la luz de los derechos humanos. La seguridad como principio jurídico base imprescindible para la efectivización de la igualdad”, *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, 2010, Año XII, 48, 33-40.

Grisolia, J. A. y Ahuad, E. J., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 3^o edición, 2011

- Grisolia, J. A. y Hierrezuelo, R., *Ley de Ordenamiento Laboral. Reforma 2004. Ley 25.877*, Buenos Aires, Editorial Quórum, 2004.
- Grisolia, J. A., *Manual de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 7°. Edición ampliada y actualizada, 2011.
- Grisolia, J. A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 14° edición actualizada, 2007, II.
- Grisolia, J. A., *Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo*, Buenos Aires, Nova Tesis, 4° edición, 2007.
- Herrera, E., *Extinción de la Relación de Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985.
- Rodríguez Mancini, J., *La discriminación y el contrato de trabajo*, Editorial La Ley, Tomo 2006-E, 135, 2006.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo