

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

**“DESPIDO DISCRIMINATORIO: NUEVA MODALIDAD
FRAUDULENTE EN LA DESVINCULACION LABORAL”**

CARRERA: ABOGACIA

TUTORES: PATRICIA SANSINENA - FEDERICO ECHAVARRIA

ALUMNO: AGÜERO, Diego Horacio

DNI: 29002033

LEGAJO: VABG

AGOSTO 2013

INTRODUCCION

Desde aproximadamente la mitad del Siglo XX y hasta nuestros días se han producido sin solución de continuidad incesantes cambios sociales, políticos, económicos y científicos los cuales han provocado grandes transformaciones en el mundo.

Todos estos cambios que comenzaron con requerimientos y manifestaciones de grupos independientes en cada país se fueron internacionalizando hasta que llegamos a lo que hoy definimos como la globalización mundial, un proceso que significó que a través de la comunicación e interdependencia entre los distintos países se unificaran mercados, sociedades y culturas, posibilitando una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que le dan el carácter global y que ha dado lugar a importantes y tensos debates como consecuencia directa de la diversidad de los intereses en juego, lo que ha demandado una adecuada labor legislativa en cada país.

Por cierto que nuestro país no ha escapado a este fenómeno que ha abarcado a casi todas las áreas del quehacer de un estado en su conjunto

Dentro de los campos alcanzados y afectados por el fenómeno de la globalización se encuentra el del “*trabajo asalariado*”, que ha tenido que adecuarse a las nuevas pautas mundiales, a la vez que ha demandado un interesante y esforzado trabajo legislativo en pos de la defensa de los derechos de los miembros de un sector tan vulnerable como lo es el universo de los trabajadores.

Lo referenciado hasta el momento persigue la finalidad de introducirme en el tema elegido para el presente TFG cual es el “*Despido Discriminatorio*”, una “*nueva modalidad fraudulenta*” que los empleadores utilizan como forma de concluir

unilateralmente la relación laboral con sus empleados, pero haciendo aparecer como razón del distracto laboral una causa distinta de la que en realidad es.

Este tema no es nuevo y ya en la Ley 20744 (LCT) que data del año 1974 el legislador previó situaciones especiales en las que prohíbe el trato discriminatorio hacia la mujer (Art. 172), la protección de la maternidad (Art. 177,178 y 179), la prohibición de despido por causa del matrimonio (Art.180, 181 y 182).

Luego con la Ley 23551 (Ley de Asociaciones Sindicales) la actividad sindical consiguió la merecida tutela legal (Art. 47 y ss.) con lo que se le puso adecuado freno a las prácticas desleales realizadas por la patronal.

Pero como ya lo expresara anteriormente la dinámica de la sociedad globalizada obliga a estar permanentemente alertas porque las exigencias de los mercados son cada vez mayores e insaciables en su ánimo de lucro con lo que el recurso humano pasa a ser el eslabón más débil de esa cadena productiva.

Este aspecto no pasa inadvertido para el legislador que se ve compelido a redoblar sus esfuerzos para lograr una tutela jurídica adecuada que ponga límites a estas prácticas fraudulentas que en muchas ocasiones obtienen grandes beneficios con la complicidad de los gobiernos de turno cuando realizan tratados con empresas multinacionales a las que les ofrecen condiciones beneficiosas para que se instalen en el país.

En otras ocasiones esa ayuda proviene de la mano de los órganos jurisdiccionales que son los encargados de interpretar y aplicar las leyes, pero que a veces llegan a extremos inconcebibles en interpretaciones tan retorcidas que les hacen decir a las leyes lo que éstas en realidad no dicen con lo que benefician a estos grupos económicos.

Si a todo esto le sumamos que el trabajador del sector privado no goza de la garantía constitucional de la estabilidad propia como la que gozan los empleados públicos, el panorama se torna más complicado a la hora de velar por los derechos de los

trabajadores para frenar estas prácticas fraudulentas que bajo el ropaje de un despido causado esconden un despido discriminatorio que no siempre es fácil de probar.

La sola mención de la discriminación como elemento subyacente en el despido de un trabajador genera fuertes debates y polémicas, ya que no hay uniformidad de criterios ni en la jurisprudencia ni desde la doctrina misma, siendo éste uno de los aspectos que me han impulsado a elegirlo como tema de mi TFG.

El interrogante que se me plantea gira en torno a la suficiencia de la normativa vigente como valladar para la práctica ilegítima de muchos empleadores.

El presente TFG está estructurado en capítulos, los cuales no son compartimientos estancos sino que siguen una línea que demuestra el avance en el desarrollo del tema y que tienen una vinculación directa con lo que será mi conclusión.

En el primero abordaré la historia del trabajo con la finalidad de hacer un breve pero necesario introito al tema para descubrir las distintas etapas por las que ha atravesado, haciendo hincapié en los avances en materia de derechos que se han ido logrando en cada época.

En el segundo la temática está orientada a la tutela jurídica que el mismo ha merecido en las últimas décadas tanto a nivel local como en el derecho comparado.

En el tercero me introduciré en el tema de la discriminación partiendo de lo que se considera igualdad, para así poder determinar cuándo estamos frente a un acto discriminatorio. Asimismo haré un breve repaso por la legislación vigente considerando desde la C.N, los Trataos Internacionales, las recomendaciones de la OIT, con especial detenimiento en la Ley Antidiscriminación Ley 23592 en cuanto a su alcance y aplicación a las relaciones laborales, como así también las posiciones doctrinarias a las que ha dado origen esta ley, finalizando con una breve referencia al derecho comparado.

En el cuarto realizaré un abordaje jurisprudencial del tema analizando algunos de los fallos más emblemáticos que a su vez han dado origen a innumerables consideraciones sobre la cuestión planteada que reflejan el aspecto dinámico que tienen las relaciones laborales y sus consecuencias en la realidad económico - social y cotidiana del país.

En la conclusión reflejaré mi posición personal con respecto a este flagelo que se cierne sobre uno de los sectores más vulnerables de la población lo que lo hace objeto de especial tutela jurídica,

CAPITULO I

HISTORIA DEL TRABAJO

DEFINICION DE TRABAJO

Etimológicamente El vocablo trabajo, travail (francés), trabaglio (italiano), trabalho (portugués), proviene de la voz latina tripalium (tripalis). Dificultad, esfuerzo, impedimento, molestia. Ocuparse en obra, ejercicio o ministerio. Acción de los esfuerzos. ¹

En sentido amplio se puede definir al trabajo humano como toda “actividad realizada por el hombre, con su esfuerzo físico o intelectual, que produce bienes y servicios y que tiene por objeto convertir las cosas, es decir, transformar la realidad”²

Desde una Concepción Jurídica Socio Económica: “ Trabajo es la actividad humana que implica esfuerzo físico y mental consciente, libre y voluntario, para producir bienes y/o prestar servicios, recibiendo un ingreso o retribución para satisfacer las necesidades primarias y secundarias; actividad que permite al ser humano alcanzar su realización personal , su dignificación, contribuyendo al perfeccionamiento del mundo que Dios le ha otorgado, influyendo en el desarrollo socio-económico y de la civilización en general”.³

El clero hace un aporte importante en cuanto a la humanización del trabajo en las Encíclicas “Rerum Novarum” del Papa Juan León XIII, “Mater et Magistra” del Papa Juan XXIII, siendo El Papa Juan Pablo II quien en la encíclica “Laborem Exercens” nos brinda una definición de trabajo: “El trabajo es un bien del hombre , es un bien de su humanidad porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza así mismo como hombre ”.

EVOLUCION DEL TRABAJO HUMANO

El Derecho del Trabajo no es muy antiguo, pero el trabajo existe desde que el hombre ocupa el mundo y ya en la Biblia encontramos una referencia al trabajo pero no con la

¹ Vazquez Vialard, Antonio: “El Trabajo Humano”Ed. Eudeba Bs. As. 1981

² Grisolia, Julio Armando: “Derecho del Trabajo” Tomo I. Ed. Lexis Nexis. Bs.As.2004

³ Díaz Aroco, Teófila. Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho de Trabajo y Seguridad Social “Guillermo Cabanellas”. “Derecho Colectivo del Trabajo” México. 1996, reimpresión 2005. Ponencia en la Conferencia Iberoamericana sobre Trabajo y Seguridad Social realizada en Perú 2009.-

concepción actual sino como sinónimo de castigo. En el libro del Génesis: 3:17: “Entonces Dios le dijo a Adán: Por cuanto has escuchado la voz de tu mujer y has comido del árbol del cual te ordené, ”No comerás de él”, maldita será la tierra por tu causa; con trabajo comerás de ella todos los días de tu vida”, como vemos no se trata de no una norma jurídica sino de una manera de disciplinar ante la desobediencia a lo ordenado por Dios.

En la antigüedad no existía una sociedad de consumo tal como la que conocemos hoy en día. El hombre se dedicaba a subsistir y no se colocaba en relación de subordinación respecto a alguien, sólo tomaba lo que necesitaba de la naturaleza.

La necesidad de sobrevivencia hizo que el hombre se agrupara en pequeños grupos que en los comienzos, podía consistir en el propio clan o lo que hoy definiríamos como su “propia familia”. Esto determinó que organizara el trabajo, como así también lo realizado con su producción, empleando el excedente para el intercambio por otros bienes, dando así nacimiento al trueque.

De esta forma, a través del intercambio de producciones comenzó a relacionarse con otros clanes o familias lo que le permitía satisfacer otras necesidades, o bien las mismas sin tener necesidad de producir de manera tan diversa para atender a todas ellas.

No existe un detalle en la historia que nos muestre cuál ha sido la evolución del trabajo, ya que las variaciones o modificaciones a las que el trabajo se ha visto expuesto han ido surgiendo de manera espontánea ante el de acuerdo al imperio de las circunstancias que producía cambios no de acuerdo a las necesidades de quienes lo realizaban sino, por el contrario, satisfaciendo las necesidades de quienes se beneficiaban con él.

Lo único que tenemos son las instituciones que quedaron plasmadas en las obras de cada época entre las que podemos mencionar, por ejemplo, al Código de Humarabi.

Hammurabi -1792-1750 a. C. según la cronología media-, rey de Babilonia de la estirpe de los amorreos y quien se consideraba enviado de los dioses, establece lo que aun hoy se cree que fue el primer antecedente legal de protección y seguridad.⁴

En el código no se distingue entre derecho civil y penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el

⁴ Mazzalomo, Lidia – Musa, Marcelo: “Historia desde los Orígenes de la Humanidad hasta el Siglo XVI”- pág.61 – Ed. Conectar – Ed. 2011 – Bs.As.

comercio, el trabajo asalariado los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, asesinato, etc.

No se admitían excusas ni explicaciones en caso de errores o faltas, ya que el Código se ponía a la vista de todos, de modo que nadie pudiera alegar ignorancia de la ley como pretexto. Sin embargo, eran pocos los que sabían leer y escribir en aquella época, escribas en su mayoría. Es decir que el Código que en principio había nacido como una herramienta de protección para los trabajadores terminó convirtiéndose en un catálogo de limitaciones de los derechos del trabajador.⁵

Las leyes de Marcu surgieron posteriormente y de ella concluimos que el hombre hizo una limitación a la jornada de trabajo, que en aquellos tiempos era esclavista. Dicha limitación no fue para que el trabajador descansara sino porque que al observar la conducta de los animales, advirtieron que estos trabajaban durante los períodos de luz y descansaban en los períodos de sombra. Así se pensó que el hombre debería hacer lo mismo, trabajar en tiempo de luz y descansar en tiempo de sombra.

Esto implica que es en Roma donde nace una primitiva “formalidad” en el trabajo, ya que en la Roma Clásica se consideraba que el trabajo no era para las personas sino para los animales y las cosas, dentro de las cuales se encontraban ciertas categorías de la especie humana que tenían condición de esclavo. El trabajo era en esos tiempos denigrante y despreciativo. La condición de esclavo en Roma se adquiría por ejemplo por el hecho de perder una guerra, así el ganador de la misma tenía dos opciones matar o no al perdedor si lo hacía allí todo quedaba, pero en el caso que decidiera no hacerlo la persona pasaba a ser de su propiedad, pero como el hecho de mantenerlo le ocasionaba un costo, pues esos gastos debían reintegrarse de alguna manera, por ello debía trabajar para este y así se consideraba su esclavo. No existía en Roma el Derecho al trabajo en el sentido técnico de la expresión por lo tanto no era regulado, no había Derecho del trabajo.

⁵ Seguridad, Higiene y Control Ambiental de Jorge Letayf y Carlos González Edad de Bronce, Edad de Piedra, Hammurabi y el Código de Hammurabi Universidad de Zaragoza – Proyecto Clio.- gustavofores.com.ar/.../codigo-de-hammurabi-primer-antecedente-legal.-

La Edad Media comienza con la caída del Imperio Romano con la invasión de los monjes católicos romanos que escondieron toda la información y los conocimientos por lo tanto eran los únicos que tenían acceso a la cultura. Durante un largo período el hombre se dedicó a pasar el tiempo, no progresó la ciencia ni la cultura.

Posteriormente los monjes comienzan a mostrar la cultura y surge una nueva concepción y valoración del trabajo que deja de ser considerado como denigrante y peyorativo para el esclavo.

Surge una nueva concepción moral de trabajo llegando incluso a la concepción de la cualidad humana, esto gracias a una expresión salida de los monasterios portugueses "El ocio es el enemigo del alma" es muy importante pues esto quiere decir que el hombre tiene necesidad de subsistir, sostener a su familia, perfeccionar el grupo social, desarrollándose la idea de que todos debemos trabajar en la medida de las posibilidades que se tengan.

Aparte del trabajo rural también existían actividades artesanales o profesionales, liberales como por ejemplo los maestros, que era el conocedor de la actividad y enseñaba cómo realizarla y los ayudantes que asistían a los maestros, es decir surge una primera concepción de la dualidad jefe – subordinado tal como la conocemos hoy.

Al final de la Edad media se opera un cambio en la concepción económica del hombre. Se deja de pensar que el poder económico se demuestra con el atesoramiento de tierra y surge en Europa una concepción liberal en donde la muestra del poder se da cuando se atesoran bienes muebles, piedras preciosas y oro. Lo cual trae como consecuencia una clase consumista en el mundo.

Surge así la necesidad de producir más de un mismo bien ya que no es rentable producir artesanalmente. Como consecuencia de esta “nueva necesidad” se produce un nuevo fenómeno socioeconómico: la Revolución Industrial en la Edad Moderna.

El descubrimiento de América dio lugar a la extracción masiva de oro y piedras preciosas de este continente para ser transportados a Europa lo cual trajo como consecuencia una de las primeras medidas inflacionarias de la historia de la humanidad. Surgiendo así una nueva clase social, la burguesía, quien comienza a obtener poder

político mediante la corrupción, el atesoramiento de dinero cambia, la concepción moral del trabajo.

Los maestros se cambiaron por patronos en el sentido que reconoce los aprendices por trabajadores, el taller por la fábrica y el precio justo por el precio del mercado y de este precio de mercado y otras variables se consigue configurar el salario. Se hace necesaria la producción en serie y ante ello aparecen las máquinas como medios o formas de producir y a la par de ello la competencia entre productores y los riesgos que debe asumir el patrono para conducir.

Así en Francia en 1791 se da la llamada "Le Chatelier" que le da carácter delictual a las asociaciones y corporaciones y el trabajador no puede reunirse ya que pierde exclusividad en el área que maneja, lo cual afecta el poder político.

La Edad Contemporánea se inicia con la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII, siendo una de las consecuencias más importante la concesión política ya que se instala el concepto de Estado organizado.

Es durante estos años en los que en Europa comenzaron a desaparecer las pocas conquistas en cuanto a dignidad laboral que habían sido conseguidas de la mano del liberalismo que proclamaban que los medios de producción debían ser de las personas que los hacían producir

En el año de 1940 surge el manifiesto comunista del Derecho del Trabajo como programa autónomo de cuyo seno habían nacido normas propias que no podían ser encuadradas en ninguna de las ramas del Derecho por lo que se hizo necesario crear una rama nueva que es lo que hoy conocemos como el Derecho al Trabajo.⁶

⁶ Romero Paredes, Ronal J. : "Derecho Laboral"– Universidad Privada Atenor Orrego. www.derechoporespecialidades.bligoo.com. Pág. Consultada.

CAPITULO II

TUTELA JURIDICA DEL TRABAJO

En el capítulo anterior he desarrollado una breve síntesis de la historia del trabajo humano desde donde se puede concluir que, como experiencia humana, el trabajo constituye una realidad vasta y compleja en la que el hombre es el centro gravitacional de esa realidad pudiendo manifestarse a través de las más variadas actividades.

“El trabajo es uno de estos aspectos, perennes y fundamentales, siempre actual y que exige constantemente una renovada atención y un decidido testimonio. Porque surgen siempre nuevos interrogantes y problemas, nacen siempre nuevas esperanzas, pero nacen también temores y amenazas relacionadas con esta dimensión fundamental de la existencia humana, de la que la vida del hombre está hecha cada día, de la que deriva la propia dignidad específica y en la que a la vez está contenida la medida incesante de la fatiga humana, del sufrimiento y también del daño y de la injusticia que invaden profundamente la vida social dentro de cada Nación y a escala internacional. Si bien es verdad que el hombre se nutre con el pan del trabajo de sus manos, es decir, no sólo de ese pan de cada día que mantiene vivo su cuerpo, sino también del pan de la ciencia y del progreso, de la civilización y de la cultura, entonces es también verdad perenne que él se nutre de ese pan con el sudor de su frente, o sea no sólo con el esfuerzo y la fatiga personales, sino también en medio de tantas tensiones, conflictos y crisis que, en relación con la realidad del trabajo, trastocan la vida de cada sociedad y aun de toda la humanidad.”⁷

Como ya lo he referenciado, la realidad del trabajo humano ha tenido diversas expresiones a lo largo de la historia del hombre pero lo cierto es que recién a finales del siglo XIX, y frente a las cuestiones sociales que emergían del rápido proceso de industrialización que imponía la estructura capitalista y liberal, fue que el derecho comenzó a dar respuesta a dichas cuestiones, originándose, de esta manera, una legislación especial, de carácter tuitivo, que regulaba las relaciones de trabajo. Fue el origen de lo que después conoceríamos como el derecho laboral.

Nuestro país se hizo eco de estas nuevas corrientes y paulatinamente fue adoptando una serie de medidas regulatorias del trabajo y sus consecuencias. Si bien el trabajo en

⁷ Carta Encíclica “LABOREM EXERCENS” DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II

relación de dependencia aparece ya regulado a mediados del siglo XIX en los Códigos de Comercio y Civil, bajo la figura genérica de la locación de servicios, lo cierto es que las primeras leyes tuitivas y protectorias comienzan a dictarse a principios del siglo XX, consolidándose el régimen a mediados de dicha centuria.

EL TRABAJO EN LA CONSTITUCION NACIONAL

En nuestra Carta Magna de 1853, bajo el rubro Declaraciones, Derechos y Garantías en el Art. 14 se establecía “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar...*” como derecho individual intermedio, es decir es un derecho que tiene algo de derecho natural pero con un importante grado de reglamentación por parte del Estado.⁸

La reforma constitucional de 1949 incluyó en la Carta Magna un capítulo denominado Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura, íntegramente conformado por el Art. 37 que los declaraba como “*derechos especiales*”⁹

Los derechos del trabajador incluían el derecho a:

- Trabajar
- Retribución justa
- Capacitación
- Condiciones dignas de trabajo
- Preservación de la salud
- Bienestar
- Seguridad social
- Protección de su familia
- Mejoramiento económico
- Defensa de los intereses profesionales

La proclama militar del gobierno de facto de 1956 dejó sin efecto esta reforma. Se produjo un vacío legal que obligó al gobierno a propiciar una nueva reforma.

⁸ Becerra Ferrer – Haro – Gentile y otros: “Manual de Derecho Constitucional. Tomo I”. pág. 278. Ed. ADVOCATUS. 1999 Córdoba

⁹ Becerra Ferrer – Haro – Gentile y otros. Op. Cit. pág. 361

Se convocó una Convención Reformadora en 1957 que incluyó un nuevo artículo, el 14 bis, compuesto de tres párrafos en los que se garantizaron los derechos individuales del trabajador, el derecho colectivo y la seguridad social.

En 1994 la Ley 24.309 declaró necesaria la reforma parcial de la C.N. pero expresamente prohibía la posibilidad de introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías, es decir que la Convención tuvo vedado el acceso al Art. 14 bis e interdicta la facultad de incorporar nuevas cláusulas enunciativas de derechos sociales.

A través de la reforma del Art. 67, actual 75, se actualizaron las atribuciones del Congreso y se introdujo la llamada “cláusula del progreso social” inc. 19 y el inc. 22 resolvió la cuestión de prioridad de rango entre tratados y leyes estableciendo que: *“en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional....no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”*.

La jerarquía constitucional conferida a los tratados equivale a la incorporación, a nuestro ordenamiento jurídico supremo de todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales en ellos contenidos.

LEYES NACIONALES QUE TUTELAN EL TRABAJO

En cuanto a las leyes tuitivas y protectorias del trabajo el avance legislativo ha sido paulatino pero constante dando lugar a un verdadero corpus laboral.

Entre las leyes más importantes podemos señalar:

- Ley 11.544 “JORNADA DE TRABAJO” (año 1929)
- Ley 14.250 “CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO” (año 1953)
- Ley 18.204 “REGIMEN DE DESCANSO SEMANAL UNIFORME” (año 1969)
- Ley 18.693 “NORMAS PARA LA COMPROBACION Y JUZGAMIENTO DE INFRACCIONES” (año 1970)
- Ley 18.695 “INFRACCIONES LABORALES, PROCEDIMIENTO PARA SU COMPROBACION Y JUZGAMIENTO” (año 1970)

- Ley 20.392 “IGUALDAD DE REMUNERACION ENTRE LA MANO DE OBRA MASCULINA Y FEMENINA” (año 1973)
- Ley 20.744 “LEY DE CONTRATO DE TRABAJO” (año 1974)
- Ley 23.551 “LEY DE ASOCIACIONES SINDICALES” (año 1988)
- Ley 23.592 “DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES, ACTOS DISRIMINATORIOS, SANCIONES PARA QUIENES LOS EJECUTEN” (año 1988)
- Ley 23.691 “TRABAJADORES EN RELACION DE DEPENDENCIA, DERECHO QUE LES ASISTE EN CASO QUE DEBAN CONCURRIR ANTE LA JUSTICIA Y ORGANISMOS PUBLICOS” (año 1989)
- Ley 23.789 “IMPLANTACION DE UN SERVICIO DE TELEGRAMA Y CARTA DOCUMENTO PARA TRABAJADORES DEPENDIENTES Y JUBILADOS Y PENSIONADOS” (año 1990)
- Ley 24.013 “LEY NACIONAL DE EMPLEO” (año 1991)
- Ley 25.877 “LEY DE REORDENAMIENTO LABORAL” (año 2004)

La anterior enunciación de leyes no comprende ni pretende hacerlo a toda la extensa normativa tuitiva del trabajo existente en nuestro país pero si brinda un claro ejemplo que deja manifestado que la tutela del trabajo ha estado siempre presente y ha sido un tema prioritario en el Congreso, aunque aún queda un largo camino por recorrer en orden a lograr una adecuada legislación verdaderamente protectoria del derecho del trabajo.

LA TUTELA DEL TRABAJO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

- **DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

Preámbulo:

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo XIV: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Artículo XXII: Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

- **DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Artículo 23:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses

Artículo 24:

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

- **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

Parte III

Artículo 6:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida

mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

- ♦ Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
- ♦ Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto.

b) La seguridad y la higiene en el trabajo.

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) 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 sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho 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 ajenos.

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.

c) El 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 ajenos.

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo 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 garantías.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La OIT es la fuente de derecho internacional laboral representada en sus Convenios y Recomendaciones y en los documentos que emanan de su mecanismo de control de la aplicación de esas normas internacionales del trabajo. Los Convenios de la OIT son tratados internacionales sujetos a ratificación por los Estados miembros de la OIT. Sus Recomendaciones son instrumentos no vinculantes, que por regla general tratan de los mismos temas que los Convenios.¹⁰

Argentina ha sido estado miembro de la OIT desde 1919. El país ha ratificado 76 convenios, de los cuales 67 están en vigor, incluso los convenios fundamentales. El Programa de Trabajo Decente por País 2008-2011 vigente en Argentina es el

¹⁰ Dato consultado y extraído de la página web www.oit.org.ar

resultado del compromiso tripartito por parte del Gobierno Nacional y de los representantes de empleadores y trabajadores.

La ejecución del Programa es objeto de monitoreo y evaluación tripartitos. El Programa consta de 6 ejes prioritarios más la promoción de los principios de igualdad y equidad de género, incorporada de manera transversal a todos los ejes.

Los ejes prioritarios son:

- ✓ la creación de empleo.
- ✓ el fortalecimiento el diálogo social
- ✓ la reducción de la economía informal
- ✓ el empleo de jóvenes
- ✓ las condiciones de empleo y empleabilidad
- ✓ la cobertura de la protección social
- ✓ la prevención y erradicación del trabajo infantil.¹¹

Teniendo en cuenta el gran plexo normativo en la tutela efectiva del trabajo podemos concluir que el objetivo perseguido por todas las partes interesadas en su protección, esto es el propio trabajador, el Estado, el legislador, las asociaciones gremiales, no cesan en la búsqueda de relaciones armónicas en el campo del trabajo, sino por el contrario se destaca un innegable propósito de adaptación de la realidad con un claro sentido de beneficio para el trabajador tratando de evitar situaciones que contribuyan a menoscabar los derechos de los trabajadores.

Se trata de resguardar el principio de equidad, en cuanto a la regulación de conductas cuyo apartamiento lleva al deterioro de esas relaciones con secuelas altamente nocivas no sólo para los trabajadores sino que afectan el interés general de la comunidad.¹²

¹¹ Dato consultado y extraído de la página web: www.ilo.org > ... > Oficinas en la región > OIT

¹² Vazquez Vialard, Antonio, "Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Tomo I". Cap. IV. Ed. Gráfica Minerva. Bs. As. 1981

CAPITULO III

DISCRIMINACION EN EL EMPLEO

Para encontrar mayor sentido al concepto de discriminación, es importante notar que los derechos humanos debemos respetarlos todos pero es el Estado el que debe garantizarlos, es decir es el Estado el que debe implementar políticas que pongan en práctica aquellas medidas que prohíban y castiguen la discriminación contra personas individuales o grupos de personas por razón de su raza, religión, afinidad política, etc. Asimismo y con la finalidad de lograr tener una acabada dimensión de los efectos devastadores que produce la discriminación sobre el ser humano, ya sea que la sufra como individuo o de manera grupal, es menester hacer referencia a lo que es la antítesis de la discriminación que es el derecho a la igualdad.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

La igualdad elemental que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos requiere, imprescindiblemente, tres presupuestos los cuales configuran su base:

- Que el Estado remueva todos los obstáculos de corte social, políticos, cultural y económicos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de todos los hombres
- Que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y que este sea el medio por el que se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad
- Que a consecuencia de ello se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.¹³

El principio constitucional de igualdad se estructura en torno a tres dimensiones:

- En su dimensión liberal, conlleva la idea de igualdad en la aplicación y en la creación del Derecho. Las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas y toda diferenciación normativa de trato no puede carecer de una justificación razonable de acuerdo con criterios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes.
- En su dimensión democrática, implica el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político y en el

¹³ Bidat Campos, Germán: “Notas sobre Derechos Constitucional y Garantías”. Pág. 26. Ed. Ediar. Bs.As. 2001

acceso a las funciones y cargos públicos.

- En su dimensión social, cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho ya sean políticas, económicas, culturales, sociales, raciales, religiosas, etc para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y de grupos.¹⁴

De la conjunción del principio de igualdad con el de no discriminación resulta la protección del derecho a la diferencia, que se vincula con el derecho de la personalidad, y el derecho a la identidad.¹⁵

La regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.¹⁶

Lo esencialmente igual no debe ser tratado en forma desigual, lo que es equivalente a decir que están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales y una diferenciación es arbitraria cuando no es posible encontrar una razón suficiente que la justifique por lo que si no hay razón suficiente para permitir un tratamiento desigual, entonces, está ordenado un tratamiento igual.¹⁷

La igualdad., por lo tanto, puede ser interpretada prima facie exigiendo un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones suficientes opuestas.

La CSJN,¹⁸ ha señalado que *“está permitido que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo”*.

En el caso *“Arenzon c/ Gobierno Nacional”*, nuestro tribunal cimero ha señalado en el considerando 5º del voto de los doctores Belluscio y Petracchi, que *“la resolución 957/81 del Ministerio de Educación que exige una estatura mínima de 1,60 m. a los varones que deseen ingresar al Profesorado Dr. Joaquín V. González, para seguir estudios de Matemática y Astronomía, comporta una reglamentación manifiestamente*

¹⁴ Ruiz Martínez, Fernando: “El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por razón de Sexo”. MacGraw Hill. pág.42. Madrid. 1995

¹⁵ Kiper, Claudio Marcelo: “Derechos de las minorías ante la discriminación”. pág.133 Hammurabi. Bs.As. 1998

¹⁶ Bidart Campos, Germán. Op. Cit. pág.533

¹⁷ Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales”. Pág.394. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993

¹⁸ CSJN. Fallos 306 -400. Voto de los Dres. Belluscio y Petracchi, considerando 5º y 6º *“Arenzón c/ Gobierno Nacional”*

irrazonable de los derechos a enseñar y aprender, afecta la dignidad de las personas que inicualemente discrimina, y por lo mismo, conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional.....lo expuesto no importa descartar de plano una regulación que restrinja la admisión en establecimientos oficiales de enseñanza por razones distintas a las de naturaleza puramente técnica”, pero tal limitación deberá ser equitativa y razonable, esto es, comprensiva de situaciones claramente incompatibles con el ejercicio normal de la actividad de que se trata”.

Por lo tanto, de acuerdo al criterio establecido por la CSJN, el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable.

CONCEPTO DE DISCRIMINACION

"Discriminar" proviene del latín *“discriminare”*:

- Acción y efecto de discriminar o seleccionar excluyendo a otro u otros.
- Dar un trato de inferioridad a otra persona, excluir, menoscabar.¹⁹

Si analizamos la primera acepción podemos encontrarnos ante una acción que repetimos en la vida diaria por distintos motivos que hacen al desenvolvimiento normal de nuestra actividad. Por ejemplo una persona cuya actividad es ser perito clasificador de granos, en el desempeño de su tarea, permanentemente discrimina porque esa es su función, es decir, discrimina, elige, excluye, aparta, separa, etc todas aquellas semillas que no serán aptas para ser sembradas porque no se ajustan a los estándares requeridos para lograr una buena cosecha.

Otro ejemplo sería el de la novia cuando elige su vestido, que lo hace siguiendo la línea de un determinado modisto, excluyendo al resto o cuando la quinceañera debe decidirse sobre la torta de su cumpleaños, son formas de discriminación pero que no afectan, son actitudes normales de la vida diaria y a nadie se le ocurre cuestionar porqué un modisto y no otro o porqué una pastelería y no otra, se las juzga sólo como decisiones que no trascienden el plano personal.

Como vemos esta forma de discriminación no es la que nos interesa desde el punto de vista jurídico porque no afecta los derechos de nadie y por el contrario se realiza con la

¹⁹ Diccionario de la RAE

finalidad de conseguir mejoras en la producción agrícola en el primer ejemplo, tener el mejor vestido para un momento muy significativo de la vida o tener la torta más exquisita porque la ocasión lo amerita.

Ahora bien, si reparamos en la segunda acepción del vocablo “discriminar”: *”Dar un trato de inferioridad a otra persona, excluir, menoscabar”* el análisis necesariamente debe ser otro, ya que esa acción conlleva la intrínseca finalidad de eliminar, restringir algún derecho fundamental de la persona y para el caso concreto que estoy tratando los derechos fundamentales atacados por la discriminación son los del trabajador.

Este trato de exclusión, inferiorización, menoscabo, detrimento, restricción es lo que describe a la discriminación en sentido negativo pues se está tratando indebidamente, arbitrariamente a una persona por causas injustificadas. Sin embargo debemos tener presente que toda discriminación es arbitraria no así a la inversa.

CLASES O TIPOS DE DISCRIMINACIÓN²⁰

La discriminación es un fenómeno que puede ser analizado desde distintas ópticas. Podemos clasificarla según sea el sujeto que discrimina, según el status social, según los fines que se persigan con la misma, etc.

Para los fines del presente trabajo creo que la siguiente es la clasificación que más se adecua, razón por la cual la he elegido, porque creo que representa los aspectos más sobresalientes de la misma, aunque no la agota pero ilustra muy acertadamente.

Discriminación Negativa:

Es todo aquello que se hace en detrimento de otro, pero en relación a sus características como persona, como ser humano, que conlleve detrimento, humillación, demérito u ofensa en su perjuicio.

Para que se configure la Discriminación Negativa es necesario que se den algunos presupuestos:

- Que se ocasione un perjuicio con base en diferencias o consideraciones subjetivas

²⁰ Extraído del Trabajo de Jaime Marchant: “La Discriminación y el Derecho a la Igualdad” Chile. Página web www.taverysociados.net/ladiscriminacionyelderechoalaigualdad.htm

- Que se realice una acción perjudicial hacia un individuo o grupo específico, basándose en prejuicios raciales, religiosos, culturales, sexo, edad, etc.
- Que exista un rechazo, despectivo, expreso o tácito, por acción u omisión, del Estado o de cualquier persona contra otra u otras.
- Que el rechazo se dirija contra una característica natural o adquirida del ser humano: edad, sexo, raza, religión, opinión, cultura, idioma, apariencia física, etc.
- Que la víctima forme parte de un grupo vulnerable de personas discriminadas o "discriminables", es decir, que tienen características naturales y/o adquiridas que dan lugar al rechazo en determinadas circunstancias históricas, particulares de una sociedad.
- Que no exista una justificación legal para discriminar a esa persona o grupo de personas

Discriminación Positiva:

En contraposición a esta discriminación negativa encontramos a la discriminación positiva, que es aquella que se utiliza para ayudar a un colectivo desfavorecido de la sociedad, en respuesta a sus problemas o necesidades para que pueda conseguirse la equidad social.

Un ejemplo de esta discriminación positiva es la Asignación Universal por Hijo que vino a reparar una terrible inequidad que afectaba a miles de niños que no tenían ningún tipo de protección social.

Discriminación Directa:

Es la situación en la que se encuentra una persona que ha sido tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en la misma situación.

Por ejemplo salarios diferentes, despidos por embarazo, diferentes contratos, etc. La discriminación directa por razón de sexo, o por cualquier otra condición, está prohibida por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes.

Discriminación Indirecta:

Este tipo de discriminación es mucho más compleja de probar ya que ocurre cuando una persona sufre una situación de desventaja por la aplicación de una práctica, criterio o tratamiento que aparentemente es neutro, pero que intrínsecamente es nociva para el receptor y que al tratarse de una acción disfrazada la prueba de la misma se torna harto difícil siendo por esta razón la más frecuente.

En el ámbito laboral podemos encontrar infinidad de ejemplos a pesar de los ingentes esfuerzos del legislador por evitar estas situaciones.

Para citar algunos ejemplos podemos señalar:

- Se permite que los hombres y las mujeres se presenten a un puesto de trabajo para el cual sólo se seleccionarán hombres o sólo mujeres.
- Los sueldos son iguales en una misma categoría pero se puede verificar que en las categorías peor remuneradas predominan las mujeres.
- Las mujeres tienen que renunciar a promociones laborales porque se encuentran con verdaderas dificultades para conciliar su realidad familiar con la laboral.²¹

Discriminación Inversa:²²

Hablamos de discriminación inversa cuando se implementan medidas o soluciones tendientes a paliar situaciones de desigualdad recalcitrantes para terminar o atenuar la discriminación que históricamente sufre un grupo

La finalidad de la discriminación inversa es conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad. La discriminación inversa no afecta a los derechos básicos sino sólo a la distribución de derechos o bienes sociales en los que en diferentes contextos se aceptan restricciones legales con finalidades de interés social como por ejemplo el establecimiento de un cupo femenino en las boletas de los partidos políticos.

²¹ Idem ref.14

²² Trabajo realizado por Alfonso Ruiz Miguel: "Discriminación y el caso Kalanke. Alfonso Ruiz Miguel es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Es autor de numerosos libros y artículos sobre Teoría del Derecho y Filosofía Política

Discriminación Peyorativa:²³

Los prejuicios y los estereotipos acentúan las actitudes discriminatorias. Las denuncias más frecuentes están vinculadas a actitudes que vulneran el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad o capacidades diferentes en los diferentes ámbitos de la vida, trabajo, educación, transporte, salud, medios de comunicación, etc. Estas prácticas se fundamentan en la percepción negativa que en numerosas oportunidades se tiene de las personas con capacidades diferentes y no se las percibe como personas trabajadoras, educandos, consumidores o en otros roles del tejido social. Asimismo, evidencian una violación constante de los derechos de este colectivo consagrados en la legislación nacional e internacional.

Discriminación según la forma en la que se comete:²⁴

- **Discriminación Informal:** no tiene consecuencias legales prohibitivas, por ejemplo la discriminación que hacemos al elegir un candidato en las votaciones.
- **Discriminación Formal:** es la prohibida por el ordenamiento jurídico y los organismos defensores de los derechos humanos. Está basada únicamente en la intolerancia a la diversidad, por ejemplo color de piel.
- **Discriminación Conductual:** se refleja en el comportamiento hostil, despectivo de las personas contra grupos específicos por ejemplo el rechazo social hacia aquellos que practican la religión judía.
- **Discriminación Normativa:** se refleja en toda ley, reglamento, ordenanza, norma, política o procedimiento preestablecido ya sea por el Estado o por instituciones privadas. Por ejemplo, la discriminación contra extranjeros residentes cuando la ley sólo permite a los habitantes de ese país el ejercicio de cualquier cargo público.

Así como he señalado que toda discriminación es arbitraria pero que no toda arbitrariedad es discriminación del mismo modo cabe señalar que no debemos confundir exclusión con discriminación.

²³ Idem ref. 16

²⁴ Extracto de trabajo realizado por el INADI: “Discriminación en Cifras”

La exclusión consiste en una acción del Estado que aísla a ciertos grupos sociales mediante el descuido de sus derechos humanos, poniéndolos en una clara situación de desventaja social.

La discriminación, además de la exclusión que presupone y que puede ser cometida tanto por el Estado como por la sociedad, se manifiesta con desprecio, odio, rechazo, ofensas, agresión, demérito, un trato despectivo contra un grupo social determinado.

Es así como podemos afirmar entonces, que los niños y niñas o los pobres son grupos excluidos pero no discriminados en muchos países del mundo porque la sociedad en general no desprecia a los niños y niñas ni odia a los pobres, a diferencia de los homosexuales por ejemplo, que en algunos lugares son excluidos y también discriminados.

Para ilustrar mejor la diferencia entre discriminación y exclusión, además de identificar a los pobres y a los niños y niñas como grupos excluidos pero no discriminados, también podemos identificar grupos de personas que no son ni uno ni otro, sino que solamente se les violan sus derechos humanos, generalmente relacionados con el trabajo. Tal es el caso de los maestros, médicos, enfermeras, etc. porque estos grupos, si bien se podría argumentar que se les violentan sus derechos humanos, no son aislados de la sociedad o segregados por el Estado, así como no se les trata con desprecio, odio, demérito o rechazo, características de la exclusión y de la discriminación respectivamente.

LA DISCRIMINACION EN EL EMPLEO

A partir de la conceptualización e identificación de las principales formas de discriminación podemos concluir, sin temor a equivocarnos que es una forma de violencia laboral con el propósito de lograr que otro cambie lo que no puede o no tiene por qué cambiar y que de manera encubierta se ha instalado como metodología para lograr mejoras que redundan en beneficios para el empleador pero que ha socavado la integridad del trabajador colocándolo en verdaderos estados de crisis con el consiguiente deterioro de su salud, alteraciones en su comportamiento social así como la generación de sentimientos autodestructivos que no en pocas ocasiones han tenido resultados fatales.

Visto así, todo acto discriminatorio es una forma de violencia encubierta, disfrazada que atenta contra la dignidad humana y viola derechos, principios y garantías constitucionales. Vulnera los tratados internacionales con jerarquía constitucional enumerados en el artículo 75 inciso 22 , otros preceptos legales de carácter general como la Ley 23592/88 sobre Penalización de Actos Discriminatorios y otras normas especiales como las leyes 23.753/89 sobre Enfermedad Diabética, la Ley 23.798/90 sobre HIV/Ley Nacional de Lucha contra el SIDA, o la Ley 25404/01 sobre Medidas de Protección para las personas que padecen Epilepsia, las recomendaciones de la OIT, todas las cuales resultan aplicables al Derecho del Trabajo.

Nuestra LCT en su extenso articulado consagra expresamente el principio de igualdad de trato entre los principios rectores o bases sobre las que se asienta el Derecho del Trabajo.

- Art. 17: Prohibición de hacer discriminaciones: *“Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores.....”*
- Art. 81: Igualdad de trato: *“El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones....”*
- Art. 172: Capacidad. Prohibición de trato discriminatorio: *“La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo....”*
- Art. 178: Despido por causa de embarazo. Presunción: *“Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores....”*
- Art. 181: Presunción: *“Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador o no fuese probada la que se invocare.....”*
- Art. 182: Indemnización especial: *“En caso de incumplimiento de esta prohibición el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones....”*
- Art. 187: Disposiciones generales. Capacidad. Igualdad de remuneración. Aprendizaje y orientación profesional: *“Los menores de uno y otro sexo.....”*

En cuanto a los derechos sindicales, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales consagra en su Art. 7 la prohibición, para las asociaciones profesionales, de discriminar por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, a sus afiliados y en su Art. 53 considera práctica desleal, por parte de los empleadores o las organizaciones que los representen, practicar trato discriminatorio en razón del ejercicio de los derechos sindicales.

El esquema se completa con los principios constitucionales enunciados al considerar la garantía de igualdad en general y con los específicamente referidos a las relaciones laborales reconocidos por diversos tratados y pactos internacionales con rango constitucional, Art. 75 Inc. 22

- “Declaración Universal de Derechos Humanos” Art. 23
- “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” Art. 7.a y 7.c
- “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” Art. 5
- “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” Art. 11

Y con los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo dirigidos a eliminar en los distintos estados la discriminación en materia de empleo y ocupación:

- “Convenio 19 sobre igualdad de trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de reparación de accidentes de trabajo”
- “Convenio 100 y Recomendación 90 sobre Igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por trabajos de igual valor”
- “Convenio 107 sobre protección e integración de poblaciones indígenas”
- “Convenio 111 sobre Discriminación en materia de empleo y ocupación”
- Convenio 156 y Recomendación 165 sobre igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores con responsabilidades familiares”

DEBER DE NO DISCRIMINAR

Según la Doctrina y la Jurisprudencia se deben dar ciertos requisitos para que opere el deber de dispensar igual trato en identidad de situaciones.

Tratar igual a los iguales en iguales circunstancias:

El derecho a ser tratado igual no es absoluto, sino relativo o proporcional a las circunstancias

No se trata de la desigualdad natural de los seres humanos, sino de su comparación en un punto determinado, en un aspecto limitado, especialmente en su calidad de trabajadores y miembros del mismo grupo social en el establecimiento, donde la igualdad es completamente posible.

Se trata por lo tanto de una igualdad relativa, proporcional, relevante para el caso concreto, según el buen criterio del juez, cuyo trabajo cotidiano consiste en saber apreciar y distinguir con claridad cada situación que le es sometida a su interpretación.

Es común, y de hecho sucede en el derecho laboral, que no todas las personas relativamente iguales deben ser tratadas de igual manera, sino solamente cuando las circunstancias son iguales, de donde se deduce que las circunstancias también deben ser esencialmente iguales.²⁵

Será esa igualdad esencial o relevante de circunstancias la que determine la obligación de dar igual tratamiento, de donde surge imperiosa la necesidad de determinar adecuadamente el ámbito y el momento para efectuar el cotejo a los fines de no caer en excesos.

La igualdad debe aplicarse en el ámbito físico, es decir en la empresa, establecimiento, sección en el que se configuren los extremos fácticos determinantes de situaciones sustancialmente análogas a los fines de precisar si se ha respetado dicho principio.²⁶

Con relación al momento crítico o relevante para comparar dos situaciones podemos ilustrar con el siguiente ejemplo: Un patrón despide a cinco delegados, en iguales circunstancias, y poco tiempo después reincorpora solamente a cuatro y al quinto no. Es evidente que no ha tratado a todos de igual manera. El momento crítico para la comparación es el de la reincorporación y no el del despido, porque en caso contrario se trataría de una mera apariencia del tratamiento igual.²⁷

En cuanto al ámbito de trabajo, la jurisprudencia ha entendido que “no corresponde asimilar la prestación de tareas en un lugar inhóspito donde la posibilidad de afianzarse

²⁵ Katz, Ernesto: “El principio del tratamiento igual de los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo”. D.T. 1961.

²⁶ Fernández Madrid. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, T.II.

²⁷ Katz, Ernesto. “La obligación de tratar de un modo igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo”. D.T. 1958.

resulta dificultosa, aunque la empresa brinde ciertas comodidades al personal que allí se desempeña y le abone un adicional por zona alejada, con el cumplimiento de labores semejantes en la ciudad de Buenos Aires”²⁸.

La prohibición de la arbitrariedad

La discriminación injustificada es arbitraria, pero no obstante pueden existir situaciones o circunstancias en las que esté permitido el tratamiento diferente por causas razonables o justificadas.

Pueden existir razones que justifiquen un trato desigual y generen una discriminación protectoria que tenga por fin proteger en el trabajo, mediante un trato de exclusión o preferencia, a determinados grupos de trabajadores.²⁹

En cambio, se califica la discriminación como ilícita cuando implica una desigualdad de trato no justificada, por lo que al referirme a la “*discriminación*” en el presente trabajo siempre lo haré en el sentido y aplicada a las situaciones de desigualdad injustificadas

La discriminación puede ser directa o indirecta. La primera se vincula a la diferencia de trato, de consideración o tratamiento, sin una circunstancia o situación objetiva que la justifique o explique, lesionando con tal conducta la dignidad de la persona y sus derechos humanos garantizados. El concepto de discriminación indirecta, en cambio, se vincula con la teoría del impacto o efecto adverso, donde la medida en sí no aparece como discriminatoria, pero no cabe duda que conlleva esa intención. Eso ocurre cuando, por ejemplo, se despide a un trabajador sin invocar causal o invocando otra distinta a aquélla que ciertamente originó la medida.³⁰

El término “discriminación” ha sido definido por el art. 1* del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo como “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de

²⁸ CNAT, Sala IV, 30/9/87, “Preuss Julio y otros c/ Hierro Patagónico de Sierra Grande SA”. DT 1988 A,251

²⁹ Krotoschin, Ernesto. “Discriminación e igualdad de trato en el derecho del trabajo”. LT XIX A, 305.

³⁰ Martínez Vivot, Julio. “La discriminación en el contexto actual de las relaciones laborales”. DT 1997 B, 1731.

empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, o con otros organismos apropiados”.

De donde se desprende que, la descripción de causales de discriminación arbitraria no es taxativa, sino que por el contrario, admite la incorporación de otras razones de similar tenor, y aún su variación de acuerdo a los valores arraigados en cada sociedad y en cada época.

De lo expresado se puede concluir que no se prohíbe diferenciar por causas justificadas, lo que se prohíbe es la discriminación injustificada o arbitraria. No hay derecho a la arbitrariedad, y el tratamiento desigual de iguales, en iguales circunstancias, perjudicial y sin razón es arbitrario. Pero lo dicho no es aplicable sólo a los casos ilícitos, inmorales, de mala fe, sino que dicho principio igualmente se viola cuando se actúa arbitrariamente o por razones no objetivas.³¹

LEY ANTI DISCRIMINACION N° 23.592

Hasta el momento he analizado normativa específica del derechos laboral dejando a la Ley Antidiscriminación para ser tratada aisladamente por cuanto la misma desde su sanción ha provocado no pocas situaciones de controversia en cuanto a su aplicabilidad o no a las relaciones laborales ya que se trata de una norma genérica y por lo tanto su carácter es general, aplicable a todas las circunstancias en que una conducta sea calificada como discriminatoria.

El art.1º establece:“*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja, ode algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los **derechos y garantías fundamentales reconocidos en la C.N.**, 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 ocasionado*”.

La mayoría de la doctrina, entiende que la presente ley es aplicable en el ámbito del derecho del trabajo, salvo algunas excepciones, por ser la misma de carácter genérico lo que ha dado lugar al planteo de algunos interrogantes.

³¹ Katz., Ernesto. “La obligación de tratar de un modo igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo”. D.T. 1958

El primer problema se planteó con la sanción de la ley 25.013, que regulaba el despido por causas discriminatorias, estableciendo una indemnización agravada. Cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia, entendía que la ley especial debía ser aplicada por encima de la ley general y viceversa. Finalmente esta ley fue derogada por el art. 41 de la ley 25.877.

Con referencia a este tema, el Dr. Toselli se enrola en la corriente que sostiene la aplicabilidad de la ley 23.592, basando su postura, en primer lugar, en lo expresado por el miembro informante de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación, -Ricardo J. Cornaglia- cuando dice: *“El anteproyecto de dicha ley que provenía del Poder Ejecutivo, no determinaba entre las conductas discriminatorias, las referidas a la condición social. El anteproyecto fue reelaborado en esa comisión, y entre las modificaciones introducidas, estuvo la de consignar ese tipo de conductas. Al informar el proyecto en el recinto dejamos constancia expresa de que se entendía entre las discriminaciones por la condición social, a las discriminaciones laborales. El informe tuvo por sentido crear conciencia sobre la importancia de estas conductas laborales en nuestra sociedad, y ante la indiferencia de algunos y ante la incredulidad insensibles de otros, se explicitó para la interpretación auténtica, que esta norma debía ser aplicada en el mundo de las relaciones laborales, donde estas conductas son más comunes de lo que algunos quieren reconocer ...”*

De ahí concluye que, si del propio Diario de Sesiones y del comentario del miembro informante se deriva que esta norma es de plena aplicación al ámbito de las relaciones laborales, deviene arbitraria la omisión de su aplicación.³²

Para Vázquez Vialard solamente se aplicaría la ley 23.592 en el supuesto de “vacío legal”, quedando afuera de la misma, los casos que están contemplados en la ley especial como es el supuesto del despido discriminatorio por motivos de embarazo (art. 178 L.C.T) y matrimonio (art. 182 L.C.T.) en los cuales la ley especial, que según su criterio prima sobre la general, dispone expresamente, como sanción, el pago de una indemnización, por lo que el afectado no puede solicitar la nulidad del acto con fundamento en la ley general antidiscriminatoria³³.

³² Toselli, Carlos Alberto, Grassis, Pablo y Ferrer, Juan Ignacio: “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Alveroni

³³ Vázquez Vialard, Antonio (Director), Ojeda, Raúl (Coordinador, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. I, p. 242.

En desacuerdo con dicha postura, Toselli entiende, que la sanción contra el acto discriminatorio no debería diferenciar entre los motivos, de la discriminación, ya que la finalidad de ésta es única, no existiendo fundamento constitucional que respalde que el despido discriminatorio contra una trabajadora embarazada o recientemente casada tenga sanciones diferentes a las del despido por razones de sexo, edad, religión etc. ya que, de sostenerse lo ello, se llegaría a la paradoja de que una trabajadora despedida por ser mujer que acciona por su reinstalación, fundado en la ley antidiscriminación, se le haría lugar a la reinstalación, mientras que a la mujer trabajadora embarazada despedida discriminatoriamente y que además de ser mujer se encuentra embarazada, se le negaría la reinstalación, consolidando el acto extintivo no obstante tener idéntica motivación prohibida

Ante la existencia de estas dos leyes, entiende que, se debe plantear la inconstitucionalidad de la norma particular, que sanciona en forma distinta el hecho discriminatorio, invocando la ley antidiscriminatoria general a fin de lograr la reincorporación a su puesto de trabajo. Basa asimismo su argumento en que en nuestra constitución Art. 16 no existen discriminaciones más graves o menos graves y por lo tanto no pueden existir sanciones diferenciadas.³⁴

Así lo ha entendido la jurisprudencia en el caso “García, José Antonio y Vázquez, Anibal Félix c./ Telefónica Argentina S.A. s./ juicio sumarísimo Expte. 27.849/02. “..en nuestro ordenamiento interno se ha dictado la ley 23.592 que prohíbe toda forma de discriminación , manda a cesar el acto y a restituir la situación de estado anterior, comoreparar todos los perjuicios. Dicha ley es una norma genérica antidiscriminatoria y abarcatambién, sin que se justifique con seriedad sostener lo contrario, el ámbito laboral”.

Asimismo el Tribunal justifica su postura basado en el principio protectorio de la norma más favorable que contempla el Art. 9 de la L.C.T.

Quien no está de acuerdo con la aplicación de la ley antidiscriminación en el ámbito del trabajo es Rodríguez Mancini entendiendo que no existe un vacío legal en el régimen del contrato de trabajo , remitiendo a los Arts.17 y 81 de la L.C.T. por lo que considera que la aplicación de un régimen general deviene improcedente. Entiende que la ley general de derecho común no es aplicable a las relaciones de trabajo.

³⁴Toselli, Carlos Alberto, Grassis, Pablo y Ferrer, Juan Ignacio: “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Alveroni

Para este autor la solución consiste en que el afectado por el incumplimiento del empleador de lo estipulado en el Art.17 de la L.C.T., se considere gravemente injuriado, Art. 242 L.C.T., denunciando la relación laboral por exclusiva culpa del empleador para reclamar la indemnización que estipula el Art. 245 de la L.C.T.³⁵

APLICACIÓN DE LA LEY 23592 – POSICIONES DOCTRINARIAS

*“La discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión, o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.*³⁶

El Art. 41 de la Ley 25877 derogó el Art. 11 de la Ley 25013 que había establecido la figura del despido discriminatorio proveniente de motivos de raza, sexo o religión. Si se llegaba a probar tales supuestos, la indemnización que establecía el legislador en el Art.7 para el caso de los despidos sin justa causa, debía aumentarse en un 30 % no aplicándose el tope máximo previsto en el párrafo 2 de la mencionada normativa.

ETALA³⁷ señala que *“con la derogación del citado artículo se produce un vacío legal en el espacio estrictamente laboral, situación que planteó la necesidad de proponer soluciones al problema del despido discriminatorio en el ámbito de las relaciones laborales esbozándose las siguientes soluciones:*

- **TESIS DE LA LEY ESPECIAL:** Según ella establece que debería llenarse el vacío legal legislativo dejado por la derogación del Art. 11 de la Ley 25013 propiciando una ley que sancione especialmente el despido discriminatorio dado que no existe disposición específica laboral al respecto. En la tesis de la Ley Especial se establece el carácter tarifario de las indemnizaciones en el ámbito de derecho del trabajo.

³⁵ Rodríguez Mancini, Jorge; La discriminación y el contrato de trabajo, en D:T:, 2007-A-1, p. 6.

³⁶ Castro Castro, José Francisco: *“Discriminación laboral: algunos casos particulares”*. Extraído del trabajo realizado por la Dra. Andrea Amarante miembro del Instituto del Derecho del Trabajo

³⁷ Etala, Carlos A: *“Contrato de Trabajo”*. Sexta edición ampliada y actualizada. Editorial Astrea.

- **TESIS DE LA APLICACIÓN AMPLIA DE LA LEY 23592:** Esta posición establece que la derogación del Art. 11 de la Ley 25013 ha dejado en plena vigencia la Ley 23592 ya que en su Art.1 dispone que una disposición de orden general que expresa 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”*.

Señalando que *“esta postura consagra para el caso del despido discriminatorio una solución que implica reconocer estabilidad absoluta o propia al trabajador discriminado”*.

- **TESIS DE LA APLICACIÓN RESTRINGIDA DE LA LEY 23592:** Según esta posición, acepta la aplicación de la Ley 23592 pero siempre respetando los límites jurídicos que rigen en el ámbito de las relaciones laborales. En consecuencia, no corresponde consagrar la estabilidad absoluta o propia del dependiente discriminado, ya que de ella no goza ningún trabajador o asalariado que no sea representante gremial.

Se interpreta entonces que si adoptamos este criterio restringido de la Ley 23592, todo empleador podría llevar a cabo despidos a cualquiera de sus trabajadores sin expresar causa o motivo alguno, si se hace cargo de los pagos indemnizatorios correspondientes

LEY DE ASOCIACIONES SINDICALES 23.551

Esta Ley en su Art. 52 establece una protección especial para los representantes sindicales que ocupan un cargo en una entidad sindical con personería gremial, prohibiendo cualquier modificación del contrato de trabajo o extinción del mismo que no esté fundado en una justa causa.

La violación legal, le impone al empleador la incorporación del trabajador en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos por el tiempo que le negó tareas, o a opción del trabajador, el cobro de una indemnización agravada, que contempla dicha normativa, más la correspondiente al despido injustificado.

Sin embargo, quedan fuera del marco de protección, un espectro importante de trabajadores vinculados a la actividad sindical, tales como: los activistas sindicales que no tienen tutela sindical, los directivos de entidades sindicales simplemente inscriptas, los delegados que no tienen cargo formal o aspirantes a delegados que son despedidos antes de formalizar la candidatura, y también otros, que sin desarrollar una actividad gremial, por tener un vínculo familiar o una relación de afecto con un delegado sindical son despedidos.

La mayor parte de casos, resueltos por la jurisprudencia nacional, en donde se aplica la ley N° 23.592, son por causas gremiales, tales como, Balaguer, Parra Vera, Pellejo; Álvarez y otros c./ Cencosud; Villalba, Arecco, Iglesias, Cáceres y Quispe.

Sin embargo, en opinión de algún sector de la Doctrina estos despidos responden mas a un “despido represalia”, que a un despido discriminatorio, es decir, sería más bien una sanción o escarmiento contra ese trabajador.

DISCRIMINACION ANTERIOR A LA ETAPA LABORAL³⁸

En la etapa anterior a la contratación, la discriminación se produce cuando se vulnera el derecho de una persona a acceder a un puesto de trabajo a causa de alguna característica personal ajena a la idoneidad requerida para el cumplimiento exitoso de la tarea.

En nuestro país y en el mundo las causas habituales de discriminación en el acceso al empleo suelen ser el género, la edad es decir, la preferencia por un determinado rango etario y los caracteres físicos que se pretenden de acuerdo con un determinado modelo estético impuesto.

Otros factores que motivan la discriminación, en esta instancia, son el lugar de residencia u origen, el haber estado privado/a de la libertad, la orientación sexual, el ser persona con discapacidad.

La exclusión laboral se hace evidente en las ofertas de trabajo que aparecen en periódicos y sitios web, en las que frecuentemente se registran estos requisitos fundados en prejuicios y estereotipos por ejemplo: “buena presencia”, pertenencia a determinado rango de edad, etc. que nada tienen que ver con la capacidad para desempeñar la tarea.

³⁸ Vera Rojas, Patricia, *La discriminación en los procesos de selección de personal*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Citado en INADI, “Recomendación General N.º 6: contra la discriminación en la oferta de empleos” [en línea], Buenos Aires, 2009. En formato PDF, disponible en: www.inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec_gral_empleo.pdf

Frente a esto es importante enfatizar que los únicos requisitos exigibles a las personas para el desempeño de actividades, profesiones u oficios son, en principio, las habilidades y cualidades pertinentes.

La exclusión de las oportunidades laborales no solo restringe la libertad de las personas para poner en práctica sus potencialidades profesionales, sino que también limita su desarrollo personal:

La discriminación disminuye las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial, sus aptitudes y cualidades y para ser remunerados en función de sus méritos.

Asimismo, restringe la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran y tiene como producto final la inserción de los miembros de determinados colectivos en una situación de desventaja relativa.

Así, al quedar los miembros de algunos colectivos excluidos del mercado de trabajo o aceptados únicamente en condiciones desfavorables, la discriminación y la segmentación del mercado de trabajo se convierten en poderosos mecanismos que generan y prolongan la pobreza.

DERECHO COMPARADO

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN OTRAS LEGISLACIONES³⁹

La discriminación laboral es un tema que preocupa a casi todos los países del mundo. Sólo a los fines ejemplificativos y sin ahondar en la temática citaré algunos ejemplos:

BÉLGICA: La constitución belga del año 1974 modificada luego en 1994, hace referencia al principio de igualdad en sus artículos 10,11 y 23.

En materia laboral, Bélgica cuenta con una específica legislación del año 1999 que dispone la igualdad de trato entre hombres y mujeres, establece el principio de igualdad de trato en el acceso al trabajo, la promoción, la posibilidad de obtener una profesión independiente en las condiciones de trabajo así como los regímenes complementarios de la Seguridad Social, y hace referencia a dos tipos de discriminación:

³⁹ Informe sobre desarrollo humano del año 2000 realizado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD

- ♦ Directa: Cuando una diferencia de trato se basa directamente sobre el sexo, el embarazo, parto o maternidad.
- ♦ Indirecta: Cuando existe una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que afecten a una proporción netamente superior de personas de un sexo.

CANADÁ: El Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Andrews vs. The BC Law Society* (1989) afirmó que la discriminación ocurre cuando una ley tanto por su finalidad, intención como por su efecto, impone una ventaja a los miembros de grupos sociales en comparación con otros miembros de la sociedad.

La Ley canadiense de Derechos Humanos se aplica en el ámbito laboral, dado que prohíbe la discriminación en el empleo, impone la necesidad del acceso al trabajo, a los acuerdos de promoción y evaluación del trabajo. Esta legislación considera que la discriminación como toda forma de exclusión o negación del acceso a un empleo constituye una diferenciación adversa.

Surge en el año 1995 la Ley de Equidad Laboral cuya finalidad es realizar la igualdad en el ámbito del empleo, de manera que a ninguna persona se le nieguen oportunidades o beneficios en el empleo por razones no relacionadas con la destreza en el mismo.

SUECIA: En este país, existe una legislación antidiscriminatoria específica en materia laboral del año 1991, que establece la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el trabajo, las condiciones de empleo y actividades laborales, la igualdad en materia salarial entre hombres y mujeres que realizan trabajos de igual categoría laboral. La legislación laboral sueca recoge las acciones positivas en la contratación y promoción del personal trabajador, imponiéndose al empleador la obligación de una igual distribución entre hombres y mujeres de los diversos tipos de trabajo y de las diversas categorías laborales.

ESTADOS UNIDOS: Surge en el derecho americano el término “*derecho antidiscriminatorio*” que tiene sus orígenes a mediados del siglo XX advirtiéndose el problema racial entre blancos y negros en materia de contratación laboral.

Es así como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos comienza a advertir la existencia de la discriminación que cometían de manera intencional las empresas al momento de contratar personal.

Dentro de la jurisprudencia americana se advierte la existencia de las denominadas “**disparate treatment**” y “**disparate impact**”. Las “disparate treatment” se constituyen en el caso que el empleador o empresa otorga a algunas personas un trato diferente frente a otras cuyo motivo radica en una razón de índole racial, religiosa, sexo o social.

En tanto que las “**disparate impact**” suceden cuando en un primer momento el empleador efectúa un acto neutro, el mismo tendrá un impacto más contundente sobre un grupo de personas determinado frente a otros, con la particularidad de que dicho efecto no es razonable por la mera necesidad del giro comercial de la empresa.

Un aspecto sobresaliente de esta legislación está relacionado con la no discriminación por aspecto físico en el ámbito laboral, prohíbe aludir a la apariencia física y solicitar la inclusión de fotografías en las solicitudes de empleo. Incluso muchos departamentos de recursos humanos realizan las entrevistas de selección de personal telefónicamente o utilizando una pantalla que impide ver al candidato, para protegerse de cualquier posible acusación de ejercicio de esta práctica discriminatoria.

CHILE: En este país, han predominado las interpretaciones doctrinarias, considerando la relevancia del derecho a la no discriminación constituyéndolo como una “**garantía fundamental**” inherente a todo ser humano.

El derecho a no ser discriminado adquiere en el derecho laboral chileno un reconocimiento supranacional, siendo consagrado ampliamente en diversos instrumentos internacionales.

En Chile, por ejemplo, está prohibido solicitar currículum con fotografía para evitar que el aspecto físico sea un elemento que grave a la hora de contratar a una persona. Aún así, no se prohíbe el envío de fotografías ni que la empresa las reciba, por lo cual los/las postulantes en muchos casos continúan haciéndolo.

Otras legislaciones como la Paraguaya y la Uruguaya tienen normas específicas para prohibir que el género, bajo el rótulo de “sexo” incida en la elección de una persona para ocupar un puesto de trabajo vacante.

En Perú, la Ley N.º 26.772 dispone que las ofertas de empleo y el acceso a los medios de formación educativa no pueden contener requisitos que constituyan discriminación. Por tanto, es posible que se impongan sanciones a la persona que realizó la búsqueda en función de parámetros discriminatorios y que se la condene a reparar los daños y

perjuicios causados. Cabe observar que, a partir de 1998, cuando fue reglamentada esta ley, los avisos discriminatorios disminuyeron un 40%.

En Estados Unidos existe una legislación específica contra la discriminación por aspecto físico en el ámbito laboral, que, además de exigir una determinada edad para cubrir un puesto de trabajo, prohíbe aludir a la apariencia física y solicitar la inclusión de fotografías en las solicitudes de empleo. Incluso muchos departamentos de recursos humanos realizan las entrevistas de selección de personal telefónicamente o utilizando una pantalla que impide ver al candidato, para protegerse de cualquier posible acusación de ejercicio de esta práctica discriminatoria.

HONDURAS: La discriminación puede castigarse de varias maneras pero la más común es por la vía penal, considerándola como un delito, lo que indica que cada Estado es responsable de incluir la discriminación dentro de su legislación penal nacional. En la legislación hondureña se penaliza la discriminación como delito en una forma vaga y se encuentran algunos esfuerzos aislados como es la ley de igualdad de oportunidades que prohíbe la discriminación por edad en el empleo y desarrolla una acción afirmativa en beneficio de las mujeres. También hay otros esfuerzos como la ley que protege a la tercera edad o a las personas VIH positivo, pero no hay una política integral anti-discriminación, por lo que muchos grupos están todavía excluidos de la protección estatal.⁴⁰

⁴⁰ Trabajo realizado por la La Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación(ESPREDI) del Centro de Documentación de Honduras”

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA

A través del desarrollo de los capítulos anteriores hemos podido establecer cómo se ha desarrollado la historia del trabajo en la historia y cuáles han sido sus variaciones e implicancias para cada época.

Es así que desde la desprotección absoluta que tenía el trabajador en la antigüedad hasta nuestros días se ha recorrido un largo camino que no ha sido fácil pero que la incansable lucha de todas las generaciones de trabajadores que nos preceden fueron creando conciencia sobre los derechos que eran vulnerados y así con muchas dificultades pero sin claudicaciones se fue logrando el reconocimiento de los derechos y se fueron plasmando en la Constitución Nacional, en las leyes nacionales, en los Tratados Internacionales, creándose un verdadero corpus laboral que aún tiene páginas en blanco que deberán ser llenadas con nuevos logros que no son logros de la clase trabajadora solamente, sino de la sociedad toda ya que ésta es una maquinaria cuyo motor impulsor es la clase trabajadora, sin trabajo no hay progreso, sin progreso las sociedades se destruyen.

Pero podrían sancionarse miles de leyes que si no existiera quien las haga cumplir serían letra muerta. Es decir es muy importante contar con una normativa adecuada pero es igualmente importante contar con el órgano competente para lograr su aplicación y efectivo cumplimiento.

El órgano jurisdiccional que es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de las leyes, cuando un caso es puesto a su consideración, tiene una tarea titánica pues deberá interpretar el sentido que el legislador quiso darle a la ley y aplicarla al caso concreto que le es presentado.

A continuación presento dos fallos de gran importancia porque ambos resuelven un tema de despido discriminatorio por razones sindicales pero han sido presentados utilizando distintas vías procesales, el primero por vía incidental a través de una Acción de Amparo y el segundo en juicio sumarísimo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - LA REINCORPORACION DE LOS TRABAJADORES EN EL CASO “ALVAREZ, MAXIMILIANO Y OTROS C/ CENCOSUD SA s/ ACCION DE AMPARO”.

En el fallo en análisis los seis actores interponen la acción de amparo contra CENCOSUD quien es propietaria de locales comerciales que giran con el nombre de fantasía de EASY, manifestando que se desempeñaban en la categoría de asesores, invocando el CCT 130/75 correspondiente a Empleados de Comercio.

Alegan en la demanda los actores que el sindicato correspondiente a dicha actividad les había negado el derecho a la afiliación, creando en consecuencia con otros dependientes el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio siendo el mismo inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006 pasando los actores a integrar la Comisión Directiva de dicha entidad.

En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006).

Los trabajadores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, “**resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales**”, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, al confirmar el fallo de primera instancia favorable a las dos pretensiones, tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica, con fundamento en el art. 1° de la ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación origina la presente queja.

La Corte estipuló que reside en determinar si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su art. 1° resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

El tribunal superior estimó ordenar a la firma Cencosud, quien tiene locales de las firmas Easy y Jumbo, el shopping Unicenter y los supermercados Disco, a la reincorporación a sus puestos de trabajo al grupo de empleados luego de considerar que “**las cesantías fueron como resultado de un acto de discriminación**”.

El fallo emitido por la CSJN estuvo dividido dado que los votos estuvieron cuatro a favor y tres en disidencia; la razón de ello fue centrarse en la aplicación de la Ley 23592 ya que si bien la mencionada ley sanciona y penaliza los actos discriminatorios, resulta ser la misma aplicable a los empleados del sector privado que no gozan de protección sindical estableciéndose un alto precedente para las futuras demandas de trabajadores que se vean afectados en sus derechos sindicales.

De esta manera la Corte desestimó los argumentos esgrimidos por parte de la empresa Cencosud en los cuales sostenía que “la reinstalación del empleado era incompatible con el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita”, tal como lo establece el

artículo 14 de la Constitución Nacional, y según lo había sostenido la CSJN en el caso De Luca –un antecedente que databa de 1969 que fue desestimado por entender que el marco normativo de ese momento difería del actual, ya que hoy el derecho internacional admite a la restitución como modalidad reparadora.

La Corte manifestó que *“tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del artículo 14 de la Constitución Nacional”*.

El fallo hizo hincapié en el denominado principio constitucional de igualdad y de prohibición de discriminación, cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana y en cómo ello jugaba a los efectos de la mencionada norma, respecto del derecho al trabajo y las relaciones laborales propiamente dichas.

Quienes integraron el voto de la decisión por la mayoría manifestaron que *“pesa sobre el Estado, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, 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.....la ley contra la discriminación impone la obligación de dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados ya que ofende la dignidad de la persona”*.

Por estas razones, los magistrados entendieron que procedía disponer la reinstalación y el pago de una indemnización con motivo de un despido discriminatorio; pero que ante la negativa de la compañía de reincorporar a los dependientes, sólo correspondía reconocer al trabajador el derecho a una compensación adicional, igual a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de discriminación, esto es la del artículo 245 que se fija por despido sin justa causa con más un año de remuneraciones tal como lo establece el Art. 182.

El fallo reviste algunas críticas ya que desde el ámbito empresarial se considera que no habría libertad para contratar de parte de los empleadores ya que estarían forzados a reinstalar a cualquier trabajador y a su futura continuidad.

Pero cabe destacar que existe en el derecho colectivo del trabajo la libertad sindical que funciona como principio regulador del mismo y como derecho de todo trabajador a ejercerlo, derecho también reconocido por la propia Constitución Nacional y por los propios tratados internacionales reconocidos por la carta magna, de modo tal, que los trabajadores habían sido despedidos sin justa causa, ya que no habían cometido falta alguna, sólo habían reclamado el pago del plus que les correspondían por la actividad que desarrollaban en la empresa CENCOSUD.

Ello nos lleva a considerar que de parte de la empresa empleadora se cometió el abuso del *ius varandi*, al disponer sin causa ni justificación alguna los despidos que por otra parte afecta a la propia estabilidad de los trabajadores y atenta contra la libertad sindical.

El fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sienta un precedente de importancia para los *“trabajadores que se vean afectados en sus derechos sociales y sindicales”* marcando limitaciones para las empresas y empleadores cuando disponen de despidos sin causa justificada que además afectan a los derechos constitucionales de los trabajadores en su conjunto.⁴¹

C.N.AT. SALA V, SENTENCIA DEFINITIVA 69.131 DEL 21.12.06 AUTOS “ARECCO MAXIMILIANO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.A. S/JUICIO SUMARÍSIMO

La sentencia que se comenta, dictada por la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, constituye una importante construcción jurisprudencial que reafirma el sendero iniciado con los fallos dictados en el caso "Stafforini,"⁴² y continuado con los precedentes "Balaguer"⁴³ "Parra"⁴⁴, "Greppi"⁴⁵ de la misma Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y también receptada por Tribunales Provinciales⁴⁶

⁴¹ Sentencia N° A, 1023, XLII de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 07/12/2010. Fallo analizado por la Dra. Andrea Amarante miembro del Instituto de Derecho del Trabajo, Jefa de Trabajos Prácticos de las cátedras Análisis Económico y Financiero y de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires

⁴² CNAT, Sala X, 29.06.2001, Stafforini Marcelo Raúl c/Ministerio de de Trabajo y Seguridad Social.ANSES

⁴³ CNAT, Sala VI, "Balaguer, Catalina T. c. Pepsico de Argentina S.R.L." del 10/03/2004

EL CASO:

El actor promovió juicio sumarísimo por reinstalación por haber sido víctima de un acto discriminatorio por práctica antisindical dado que ante la ausencia de representación sindical en la empresa demandada y encontrándose preparando las elecciones para las elecciones de delegados en la cual es propuesto como candidato, es despedido por la empleadora.

De tal manera la cuestión a dilucidar giró en torno a establecer, si el accionante gozaba de protección sindical, en los términos de los Art. 48 a 52 de la LAS, y en caso negativo determinar si el despido decidido por la empresa, resultó discriminatorio en los términos de las normas legales nacionales e internacionales citadas en la demanda.

La señora Jueza de Primera Instancia consideró acreditado el despido discriminatorio por motivos antisindicales, concluyendo “que el trabajador afectado tiene derecho a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y por ende he de declarar la nulidad de la decisión rescisoria y disponer la readmisión en el empleo del actor” condenando asimismo a resarcir los daños y perjuicios pertinentes, que se estimaron en las “ las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación” Todo ello fundado en los artículo.18,953,1044,1066 y 1083 y cates. Civil y art.1º ley 23.592

Las Cargas procesales en el despido discriminatorio

Uno de los aspectos más importantes a la hora de emitir fallo radica sin lugar a dudas en las pruebas ya que la obtención de las mismas con vistas a lograr acreditar la discriminación invocada es harto dificultosa

El motivo principal de que esto sea así descansa en el hecho de que la discriminación la debemos buscar en la motivación de la causa expresada y no en la causa misma ya que quien decide un despido por razones sindicales por ejemplo invocará una causa ficticia por ejemplo reestructuración interna.

⁴⁴ CNAT, Sala V, 2006/06/14 ~ Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A.

⁴⁵ CNAT Sala IX del 31/05/2005 "Greppi, Laura K. C/ Telefónica de Argentina".

⁴⁶ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro 02/06/2005 en autos "María Mabel Pellejero s/ amparo s/ apelación" y Tribunal de Trabajo Nro. 2 de la Matanza, Febrero 2006, autos "Villalba, Franco R. c/The Value Brands Company de Argentina SCA s/acción de amparo".

Esta dificultad probatoria debe ser tomada en cuenta por la legislación y los tribunales, pero siempre observando la protección de los derechos subjetivos constitucionales de defensa en juicio y debido procesos de todos los litigantes.⁴⁷

Frente a las cargas probatorias en el fallo de Cámara hubo dos posiciones diferenciadas.

Según el voto de la Dra. García Margalejo, al momento de disponerse la desvinculación del actor, la empresa no había sido notificada de su candidatura o postulación para ocupar un cargo gremial, por lo que no estaría en juego el caso, la garantía específicamente prevista por los Arts. 48 última parte, 49, 50 y concordantes de la ley de asociaciones profesionales. Por tanto, según la vocal preopinante, correspondía al actor la carga probatoria de acreditar que el despido haya sido con motivos de discriminación sindical. Sostiene que frente una acción que “reclama una respuesta de eficacia tan intensa requiere para su procedencia una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados”. Concluye que la carencia de elementos de prueba no puede suplirse por el solo hecho de que el despido se haya dispuesto sin invocación de justa causa.

Por su parte el Dr. Simón, discrepó con la apreciación de la Jueza preopinante de que pese una carga probatoria extra de parte de quien alega un acto discriminatorio, teniendo especialmente en cuenta que se encuentra acreditado que el demandante fue despedido por su candidatura a delegado suplente de la firma demandada.

En este sentido adhiere al voto el Dr. Zas que reiteró los conceptos ya vertidos al votar en el fallo Parra Vera.

De tal modo que los Dres. Zas y Simón coinciden en reformular los criterios tradicionales sobre las cargas procesales, atendiendo a las dificultades probatorias que tienen los trabajadores para acreditar los hechos de discriminación que invocan en sus demandas.

En este sentido se sostuvo que sólo se puede requerir al trabajador que incorpore indicios concordantes “de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental” “Para ello no basta una mera alegación sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le

⁴⁷ La calificación y prueba de la causa del despido como acto discriminatorio • Coppoletta, Sebastián C. • Nota aFallo • DJ 16/08/2006, 1075

induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”.(Del Voto del Dr. Zas en el caso Parra Vera)

El indicio aportado por el actor debe generar en el Juez una convicción firme sobre la discriminación invocada.

"Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. (Del voto del Dr. Zas en la causa “Parra Vera Máxima c/San Timoteo S.A

También se afirma en el voto del Dr. Simón que la existencia de la libertad de contratar del empleador que lleva implícita la posibilidad de rescindir el contrato, no es absoluta y en modo alguno pueden perjudicar la “actividad probatoria de quien invoca un acto discriminatorio”, “ya sea para imponerle una carga probatoria extra o una valoración más estricta”.

El equilibrio que reconocen los Jueces Zas y Simón en su votos respecto a las cargas probatorias de las partes en un proceso laboral donde se analiza un caso de despido discriminatorio, implica la admisión de que la desigualdad de poder existente en la relación de trabajo se expresa también durante el proceso judicial, por lo que cabe a los jueces, a los efectos de no vulnerar el principio de igualdad, compensar debidamente estos desequilibrios imponiendo reglas procesales acordes a estos conceptos.

Sobre la tutela normativa frente al acto discriminador por causa de actividad sindical

El Dr. Simón en su voto confirma el fallo de primera instancia en cuanto a la nulidad del acto de despido, sin embargo disiente con el fundamento de la decisión.

En el caso sometido a juzgamiento sostiene que no es posible aplicar la ley 23.592, pues existen normas laborales expresas que desplazan a ley general, en concreto estima el Dr. Simón que el actor se encontraba protegido por los artículos 48 a 52 de la LAS

Para ello se afirma que el artículo 50 de la LAS sólo exige para tornar efectiva la tutela sindical la postulación del candidato a delegado, desestimando el exceso reglamentario

Los Dres. Simón y Zas coinciden en la existencia de un acto discriminatorio contra el actor como consecuencia de su actividad sindical. También coinciden reiterando lo votado en el caso “Parra” de que la Ley 23.592 es la norma general de aplicación también en el ámbito de las relaciones laborales

De tal modo que una vez más queda ratificado el criterio interpretativo de que el derecho civil, en este caso la ley 23.592, actúa como supletorio del derecho del trabajo aplicándose sus reglas en forma subsidiaria, en la medida que se considera la ausencia de una norma laboral expresa y que esa aplicación esta sujeta a la adaptación del Derecho Civil a las exigencias o conveniencias del derecho laboral es decir que debe existir un acomodamiento a los principios generales y especiales del derecho del trabajo.

Ni el derecho del trabajo es un apéndice del derecho civil al cual debemos dirigirnos siempre para interpretar el derecho laboral, ni el derecho del trabajo tiene tal integridad como para bastarse por sí sólo, permitiéndose rechazar el resto del derecho como si fuera un gigante solitario en medio de una ínsula, que sólo admite acercarse a otras personas cuando él expresamente lo ordena.⁴⁸

Sin embargo en el caso sometido a Juzgamiento el Dr. Simón no aplica la directriz general antidiscriminatoria en razón de que considera que para la protección de los dirigentes y delegados sindicales, como reglamentaria de la directiva constitucional del artículo 14 bis, actúa una norma laboral específica: la ley 23.551.

En consecuencia este magistrado considera que la sola postulación como candidato a delegado suplente le es aplicable la tutela sindical específica porque así lo dispone el artículo 50 considerando un exceso, descalificable constitucionalmente, “el alcance que el decreto reglamentario pretende otorgar a la palabra “postulación”.

Como señalábamos precedentemente ambos magistrados coinciden en tener por acreditado que el despido fue discriminatorio por motivos antisindicales, y que correspondía la nulificación del mismo con el consiguiente derecho a ser readmitido en el puesto de trabajo.

Sin embargo el Dr. Zas, en cuanto al fundamento disiente con el Dr. Simón, porque encuentra, el ya referido obstáculo procesal, por entender que la inaplicabilidad de la tutela específica de la Ley 23.551 quedó firme y consentida en la instancia de grado.

⁴⁸ García Martínez Roberto, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pag. 431, Editorial Ad-Hoc.

Es claro que el Dr. Zas no niega la interpretación amplia del Simón, al contrario sostiene que hipotéticamente podría ser encuadrado el caso en la tutela de los artículos 50 y 52 de la Ley 23.551, lo que tiene relevancia frente a situaciones futuras.

En consecuencia como salida normativa el Dr. Zas sostiene que la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de las relaciones privadas de un contrato de trabajo implica que el empleador deba respetar el principio de igualdad y no discriminación. En el caso de su vulneración la nulidad del despido discriminatorio se funda en la ley 23.592, aunque sostiene también que la nulidad también procedería “por la operatividad de las normas de jerarquía constitucional y suprallegal, aun cuando no existiera una norma como la Ley 23.592” (del voto del Dr. Zas).

Efectos de la nulidad del despido discriminatorio

Como fuera dicha la Ley 23.592 no sólo prevé la nulidad de los actos discriminatorios, sino que también manda restablecer las condiciones alteradas y la reparación de los daños y perjuicios consecuentes.

En el caso de marras el Dr. Zas entendió que al ser nulificado el despido, importó la continuidad del vínculo contractual, como si el hecho interruptivo de la cesantía no hubiese ocurrido, por lo que corresponde el pago de los salarios desde su privación hasta el efectivo cumplimiento de la reinstalación.

En este punto no hubo coincidencias, ya que el Dr. Simón entiende que los salarios caídos por un impedimento de orden procesal, al tener por no formulada en la demanda el reclamo de este rubro en forma autosuficiente.

Es decir no existe una discrepancia de fondo respecto a las consecuencias de la nulidad del acto. Sólo existe una exigencia procesal por parte del Dr. Simón, que es desestimada por el Dr. Zas, ya que éste sostiene que más allá de los recaudos formales, la nulidad del acto de cesantía trae por sí sólo la restitución de las cosas en el estado anterior, ya que se considera inexistente el acto interruptivo del vínculo laboral.⁴⁹

El Dr. Rodríguez Mancini afirma que para “la nulificación del despido discriminatorio, no basta con la interpretación judicial sino que es preciso que el legislador manifieste expresamente semejante solución. Mientras esto no se produzca la figura del despido

⁴⁹ Publicado por LA LEY nota a fallo 21/12/06

discriminatorio está absorbida por la del despido arbitrario injustificado, sin justa causa, que es el eje sobre el cual gira el sistema de extinción del contrato de trabajo, de manera que cuando no se verifica la justa causa opera la sanción indemnizatoria”⁵⁰

A continuación y a los fines ilustrativos se presentan una serie de juicios extraídos de los archivos del Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO PROSECRETARÍA
GENERAL

BOLETÍN TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA - OFICINA DE JURISPRUDENCIA
- JULIO 2007

Despido. Acto discriminatorio. Tutela del trabajador

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico (cfr. Palomeque-Lopez, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo” conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo Universidad de Salamanca- Fundación MAPFRE, 11/11/91 pub en Actualidad Laboral n° 4, pág 37/44). El art. 14 bis de nuestra carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del “Protocolo de San Salvador” 1,2 y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la

⁵⁰ Rodríguez Mancini, Jorge La discriminación y el contrato de trabajo, Publicado en: LA LEY 28/08/2006, 6 - DT

Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes y una tutela constitucional específica. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)

Despido. Acto discriminatorio. Amparo. Procedencia

La acción de amparo resulta una vía procesal idónea para reclamar en casos como el presente, en los que se encuentra en juego la dignidad humana, la discriminación y la libertad sindical, se trata de una acción expedita y rápida cuya justificación se deriva de la naturaleza de los derechos en juego; vale decir, la acción de amparo debe posibilitar un proceso rápido y una respuesta judicial adecuada y en tiempo oportuno. Es por ello que el art. 43 de la CN alude a “...siempre que no exista otro medio judicial idóneo...”.

CNAT Sala VI Expte n°33975/02 sent. 56971 10/3/04 “Balaguer, Catalina c/ Pepsico de Argentina SRL s/ sumarísimo” (FM.- de la F.-)

Despido. Acto discriminatorio. Empleado que padece cáncer terminal

El despido del actor es particularmente disvalioso por padecer de una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio general de no discriminación amparado por la CN en sus arts. 14 bis y 16. A su vez, tal conducta es repelida por la LCT – que en su art. 17 prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores y por la ley 23592- referida expresamente a los actos discriminatorios.

CNAT Sala V Expte n° 17064/02 sent. 67602 6/5/05 “Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA s/ despido” (GM.- B.-)

Despido. Acto discriminatorio. Portador de HIV

El ordenamiento laboral vigente no contiene una norma protectora contra quienes padecen discapacidades, enfermedades infectocontagiosas u otras patologías que pudieran derivar en actos discriminatorios de los empleadores al momento de la formalización del contrato, su desarrollo y extinción, como sí existe para los supuestos de maternidad, matrimonio y representantes gremiales, creando en cada caso presunciones legales que favorecen la actividad probatoria del trabajador afectado y un marco de protección contra cualquier acto que pudiera afectar su condición. Esta circunstancia debe llevarnos a reflexionar sobre el tópico , sobre todo teniendo en cuenta que la maternidad, el matrimonio y el ejercicio de actividades gremiales constituyen circunstancias ocasionales en la vida de una trabajador, mientras que las discapacidades y además enfermedades crónicas lo acompañan, seguramente, a lo largo de toda su vida, provocándole un sinnúmero de frustraciones que, en lo relativo al ámbito laboral, se manifestarán en imposibilidad de acceder a un desarrollo pleno de sus capacidades productivas y, en caso de lograr su incorporación al mercado, estará latente la posibilidad de su cercenamiento a causa de su condición. En tal sentido, “el riesgo de discriminación con relación al sidótico se produce en los dos extremos de la relación de trabajo, ya que al ser positivo le es tan difícil obtener empleo, como fácil que lo echen. En tal sentido, los portadores de HIV y los sospechosos de serlo constituyen un grupo de riesgo laboral posible de ser discriminado” (conf. Sala X sent. del 31/5/96 “I, O.E. c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA” Pub DT 1997-A-496).

CNAT Sala II Expte n° 23109/03 sent. 93816 21/9/05 “I., N. E. c/ Lamartine SA s/ despido” (G.- R.-)

Despido. Discriminación. Ley 23592. “Iura novit curia”. Facultad de los jueces. Calificación jurídica de los hechos. Procedencia

Aun no existiendo cita concreta en la demanda de la ley 23592, al alegarse una discriminación arbitraria, se trata de un supuesto de “iura novit curia”, con lo que el remedio para conjurarla queda dentro de la facultad judicial en torno a la calificación jurídica de los hechos y su pertinente aplicación normativa, máxime si se tiene en cuenta que los accionantes hicieron referencia puntual al art. 16 de la CN, que consagra el principio de igualdad. En tal sentido, es menester referir que en la demanda se aportaron la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitan el encuadre del caso

concreto en la ley antidiscriminatoria, y además se demostró en autos, la vinculación existente entre las decisiones rupturistas cuestionadas y la filiación sindical de los reclamantes en su calidad de miembros de la comisión directiva de un sindicato recientemente inscripto. (Del voto de la Dra. González, en mayoría).

CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)

Despido. Discriminación. Ley 23592. Prueba

No corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes en tal sentido (conf. Art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. Desde tal perspectiva, la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que “... quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc) deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada...” (sent. 93623 7/7/05 “Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios”). (Del voto de la Dra. González, en mayoría) .

CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba. Cargas dinámicas probatorias

La carga probatoria que se impone al empleador en los casos en los que se alega discriminación, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que “quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión

política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc), deberá, en primer término, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos del hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuando, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de los hechos negativos...” (Maza, Miguel “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas” LNLSS 2004-546 y ss).

CNAT Sala II Expte n° 25648/02 sent. 93623 7/7/05 “Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios” (G.- R.-)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación (Conf. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y Ocupación).

CNAT Sala II Expte n° 13596/05 sent. 94609 17/11/06 “Scognamillo, María c/ Dadone Argentina SA s/ despido” (P.- Gui.-)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente

Tal como quedó trabada la litis y de conformidad con lo dispuesto en el art. 377 del CPCCN se encontraba a cargo de la parte actora demostrar los hechos invocados en la

demanda y en lo que se sustenta la pretendida reincorporación. Entre ellos, obviamente, que el despido del reclamante fue consecuencia directa de su actividad sindical. En este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral se requiere para su procedencia, la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados. Ello así por cuanto está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que sostuvo este Tribunal, con la integración anterior, en el caso “Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina SA” (sent. 66890 del 17/2/04). (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (GM.- S.- Z.-)

Despido. Acto discriminatorio. Desplazamiento de las reglas tradicionales en la distribución de la carga de la prueba

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental. (Del voto el Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)

Despido. Acto discriminatorio. Articulación del onus probandi

En materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales, es necesario tener en cuenta las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes y recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de los organismos de control de la OIT, tendientes a introducir “factores de compensación o corrección que favorezcan la igualdad de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como procesal “. Por ello, en estos casos, el onus probandi quedaría articulado de la siguiente manera. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos, que debe llevar al tribunal a la convicción que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)

Despido. Discriminación. Prueba. Indicios

El más claro ejemplo de violencia laboral es el que surge de la discriminación como forma de lograr que otro cambie lo que no puede o no tiene por qué cambiar, violencia que se viene enseñoreando casi solapadamente y que genera en las personas un estado de crisis, entendiéndose ésta como la latencia entre el peligro y la oportunidad. En rigor

de verdad se trata de distintas formas de discriminación hostil que van desde el acorralamiento paulatino constituido por pequeños actos descalificantes, hasta hechos únicos instantáneos y definitivamente descalificantes. Procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar, tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba.

CNAT Sala VII Expte n° 2512/05 sent. 40175 8/6/07 “Rybar, Héctor c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido” (F.- RD.-)

Despido. Discriminación. Prueba. Indicios razonables

En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la ley 23592 que penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzara la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado.

CNAT Sala IX Expte n° 15443/06 sent. 14360 27/6/07 “Yacanto, Claudio c/ Radiotónica de Argentina SA y otro s/ sumarísimo” (P.- B.-)

Despido Acto discriminatorio. Ruptura que excede el marco del sistema de estabilidad relativa. Acto nulo

La actora fue despedida, en el caso, por enviar un e mail a sus compañeros de trabajo instándolos a solidarizarse, con medidas pacíficas, con el personal de Aerolíneas Argentinas. Dicho despido, resulta comprendido en el art. 1° de la ley 23592 pues constituye una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de sufrimiento constitucional a propagar las ideas (art. 14 de la CN). Asimilado por el influjo del

citado art. 1 de la ley citada el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del C. Civil), y en consecuencia el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.

CNAT Sala IX Expte n°22537/02 sent. 12488 31/5/05 "Greppi, Laura c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido" (P.- B.-)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23592. Procedencia. Reincorporación del trabajador

La ley 23592, que protege frente a las conductas discriminatorias, tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir, el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo "subjetivas" (nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas, sindicales etc). De manera que protege al trabajador en un espectro más amplio que la tutela que confiere la ley 23551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en diferentes circunstancias, incluso las ideas o la actividad sindical. Por ello el despido discriminatorio en el régimen de la ley citada y en los Tratados Internacionales con jerarquía de tales (confr. art. 75 inc. 22 C.N.) tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia. (Del voto del DR. Fernández Madrid) .

Cnat Sala VI Expte N° 33975/02 Sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico De Argentina Srl S/ Sumarísimo" (FM.- De La F.-)

Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador. Régimen de estabilidad impropia

La ley 23592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, aún cuando, como en el caso concreto (se trata de un empleado del Anses que se rige por las normas de la LCT), se trate de un despido dispuesto en un régimen de estabilidad impropia. Es que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (art. 16) y por la ley (art. 1 de la ley 23592) y por lo tanto tiene un objeto prohibido (art. 953 C. Civil) y entonces es nulo (art. 1044 idem), es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1 ley citada, art. 1083 del C. Civil).

Cnat Sala X Expte N° 17520/00 Sent. 9679 29/6/01 "Stafforini, Marcelo C/ Ministerio De Trabajo Y Seguridad Social. Anses S/ Amparo" (Sc.- C.- S.-)

Despido. Discriminación. Daño moral. Improcedencia. Conducta personal de un gerente de la demandada

No resulta procedente la indemnización por daño moral reclamada por el actor, derivada del trato discriminatorio que argumenta, toda vez que él mismo en su demanda reconoce expresamente que “la contratación del personal de esta empresa – se refiere a la demandada Arcos Dorados SA- se da a través de la oficina de personal que sigue las políticas internacionales de Mc Donald’s, políticas públicas y notorias que se basan principalmente en el reconocimiento de las minorías”, mientras que la discriminación denunciada ha sido proferida por el “gerente” del local donde el actor prestaba tareas, quien actuó a título personal y no como representante de la demandada. Por ello, el actor erró al elegir al sujeto pasivo de su pretensión. Tal vez la sociedad demandada podría haber incurrido en alguna responsabilidad si aquél hubiera denunciado los actos discriminatorios de los que se queja y ella hubiera omitido ponerles remedio. Pero no es lícito responsabilizarla por actitudes de dependientes que, según los términos de la propia memoria de agravios, actuaron espontáneamente y en violación a las reglas expresas por ella establecidas en materia de relaciones de trabajo.

CNAT Sala VIII Expte n° 796/04 sent. 33133 31/3/06 "Frasch Verón, Gonzalo s/ Arcos Dorados SA s/ despido" (M.- L.-)

Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Imputación de homosexualidad

Corresponde reconocer derecho al trabajador despedido a una indemnización por daño moral si el acto rescisorio se apoyó en la acusación de prácticas homosexuales no acreditadas en autos. El calificativo utilizado perjudica la imagen del trabajador frente a los demás, con la consiguiente carga emocional negativa que ello trae aparejado para la persona que recibe el agravio.

CNAT Sala VII sent. 26/5/93 “T., C. c/ OGA SRL y otro s/ despido” (L.-B.-)

Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Empleado que padece cáncer

En principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, resultando procedente la reparación civil en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado por una conducta adicional que justifique claramente que el empleador excedió las necesidades y límites impuestos por la LCT, configurándose un daño civilmente resarcible. Así, el despido del trabajador que padece un cáncer terminal supone una conducta discriminatoria por parte del empleador que debe cargar con las consecuencias extracontractuales que ocasionó su proceder.

CNAT Sala V sent. 67602 6/5/05 “Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA s/ despido” (GM.- B.-)

Despido. Discriminación. Portador de SIDA

Si la demandada conoció o pudo conocer de un modo u otro, total o parcialmente, los resultados de los estudios médicos practicados al accionante, de los que se desprendería que este último era portador positivo de HIV, y contemporáneamente con este hecho, fue despedido sin alegarse un motivo real, debe concluirse que se desconoció el principio de no discriminación y procede consecuentemente la indemnización correspondiente (conf. Ley 23592).

CNAT Sala IV Expte n° 13114/01 sent. 89902 30/8/04 “O., E. c/ Falabella SA s/ despido” (M.- G.-)

Despido. Discriminación. Portador de Sida

Debe considerarse discriminatoria la actitud de la empresa empleadora del actor, portador de Sida, que una vez vencidos los plazos de la licencia prevista por los arts. 208 LCT y 211 LCT fue renuente a los pedidos de otorgamiento de tareas livianas por parte del dependiente, dilatando su decisión y supeditándola a la necesidad de que se le practicaran controles médicos (art. 210 LCT). Lo que debió hacer, por el contrario, fue cumplir con las previsiones del art. 212 LCT y admitir el reingreso del trabajador con base en las constancias médicas que aquél ponía a su disposición. Ello, sin dejar de lado los recaudos que pudiera tomar para tornar más segura la tarea, tanto para el enfermo como para las restantes personas que pudieran estar involucradas, con cuidado de no afectar el derecho a la intimidad del enfermo.

CNAT Sala VII Expte n° 10366/03 sent. 39706 3/11/06 “C., R. A. c/ Marofa SA s/ despido” (RB.- F.-)

Despido. Discriminación. Trabajadora epiléptica

Resulta discriminatorio el despido de una trabajadora que padece epilepsia, a la que luego de una recaída la accionada le informa que no tenía tareas livianas para asignarle (tareas administrativas que no requirieran prolongada deambulacion). El cuadro padecido por la actora está especialmente excluido de todo acto discriminatorio y especialmente protegido por la ley 25504.

CNAT Sala VI Expte n° 13463/04 sent. 59275 15/11/06 “Toro, Dora c/ SPM Sistema de Protección Médica SA y otro s/ despido” (FM.- S.-)

Despido. Discriminación. Impedimento de realizar horas extras

Se configuró una discriminación antijurídica al verificarse que la empleadora actuó con improcedente discrecionalidad arbitraria al privar infundadamente al accionante de la utilización de los instrumentos materiales y la posibilidad de realizar horas extras cuando se le concedían tales derechos a los demás trabajadores que se desempeñaban en idéntica categoría y área. Por ello y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1 de la ley

23592, corresponde reparar el daño moral ocasionado con una suma de dinero diferida en concepto del perjuicio patrimonial implícito.

CNAT Sala IX Expte n° 7012/00 sent. 9102 23/10/01 “Campos, Juan y otro c/ Telefónica de Argentina SA s/ sumarísimo” (P.- B.-)

Despido. Acto discriminatorio. Nulidad. Reincorporación del trabajador. Daño moral. Indemnización. Efectos

Al ser el despido discriminatorio padecido por la actora un acto nulo de objeto prohibido, es procedente declarar su nulidad y condenar a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. Arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y conc. del C. Civil; art. 1 ley 23592). La reparación del daño material se fijará en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación, la que será calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (conf. Arts 165 CPCCN y art. 1° ley 23592). Por otra parte, los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (art. 1050 C. Civil); de allí que los salarios deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato, en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que la actora puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. Art. 103 LCT), tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el art. 505, inc. 1° C. Civil y que la acción judicial, en este caso, fue interpuesta en forma casi inmediata al despido. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)

CONCLUSION

“Todos los hombres son iguales, pero algunos son más iguales que otros”

George Orwell 1946

Igualdad y discriminación dos términos antitéticos que han merecido la atención de sociólogos, historiadores, juristas, etc y sobre los que se han derramado mares de tinta pero que no han agotado su tratamiento sino por el contrario vemos que cada día la antinomia surge con más fuerza y se instala en los lugares menos pensados, en la política, en la escuela, en el trabajo, etc.

Desde el ámbito jurídico es un tema que ha demandado grandes esfuerzos legislativos pero que en la práctica no ha dado los resultados esperados debido a que en la mayoría de los casos las leyes no preceden a los hechos. Es decir, no funcionan como prevención de posibles distorsiones, sino por el contrario surgen después de que la realidad abofetea y entonces se dicta una ley que dista de ser general, abarcativa y preventiva, más bien es para el caso concreto, tornándola casuística, parcial, débil, prohibitiva de alguna acción o simplemente es una declaración teñida de buenas intenciones pero que deja un vacío legal al no dotar de contenido a estos dos importantes conceptos: *igualdad – discriminación*.

En nuestro país la discriminación laboral siempre estuvo relacionada con el tema del género, la edad y en algunos casos la religión.

Aunque el corpus normativo laboral es extenso y abarca numerosas cuestiones relacionadas con la discriminación la Ley 23.592 ha generado profundos debates sobre su aplicación al campo laboral y ha producido una división en la doctrina.

La Ley 23.592 en su Art. 1 establece: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja 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”.

Parte de la Doctrina interpreta que esta ley al no hacer referencia específica a las relaciones laborales no es de aplicación en dicho campo, ya que existe suficiente protección desde la propia Constitución Art.14; 14 bis; 16; 17; 43, en las leyes laborales especiales, como por ej. .los Art. 17; 81; 172;178; 181;182;187 de la LCT, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las recomendaciones de la OIT, entre otras. Otro sector de la Doctrina ha interpretado que si es de aplicación a las relaciones laborales en virtud de lo que expresa en su Art. 1: “.....*sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional...*”

Lamentablemente y no obstante existir todo el plexo normativo mencionado, el problema persiste y han ido surgiendo en los últimos años nuevas y más sutiles formas del abuso del despido discriminatorio..

Las prácticas discriminatorias pueden surgir de la legislación, las políticas, o las medidas que se adopten en la práctica.

No debemos perder de vista que quien practica la discriminación lo hace desde las sombras disfrazando sus verdaderas intenciones es por eso que siempre debemos estar alertas para poder identificar estas acciones. Es así que la discriminación laboral comprende el trato de inferioridad dado a personas por motivos ajenos a su capacidad cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular, eliminar, restringir, alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.

El agresor pondrá todo su empeño para maltratar, disminuir, denigrar al empleado a quien terminará convenciendo que es merecedor de ese tratamiento porque no es capaz de ser lo que se le exige, lo que producirá una aflicción disvaliosa en su espíritu pero que soportará porque tiene que subsistir ya sea que no tenga cargas de familia o si las tiene la obligación de soportar será aún mayor.

En la actualidad las prácticas discriminatorias han proliferado hasta llegar a límites insospechados, ya que no todas las personas se animan a recurrir a la justicia a reclamar por sus derechos dado que también son amenazadas con que de hacerlo nunca más conseguirán un empleo decente porque no se proporcionarán buenas referencias

En la actualidad se evidencia una gran discriminación por edad y por género, esto es en la etapa pre-empleo donde las búsquedas que lanzan las empresas al mercado laboral tienen un rango de edad muy limitado dejando con habitualidad fuera del mismo a personas menores de 30 años y mayores de 50 años.

Cuando se deja afuera del mercado laboral a personas de 50 años o más con argumentos como “estamos reestructurando la empresa” o “lo sentimos pero nos fusionamos con tal y el cargo suyo no existe”, etc se daña la autoestima de estos individuos ya que por lo general se trata de personas que ocupan cargos gerenciales o tienen muchos años dentro de la misma empresa. Pasan a experimentar la sensación de ser “descartables”, a sentir que el mundo se les viene encima, que ya no hay futuro, es decir todas cuestiones que influyen negativamente en su proyección como personas activas que aún son.

Han sido lanzados al mercado laboral informal con lo que nuevos empleadores inescrupulosos se verán favorecidos ya que estas personas desesperadas aceptarán las condiciones que se les ofrezcan porque deben seguir sosteniéndose a si mismas o a sus familias.

Respecto a la discriminación por género, no sólo se da al momento de la contratación sino que es muy común observar casos de diferenciación en los salarios percibidos, es decir, muchas veces ocurre que a las trabajadoras se les paga menos por el mismo trabajo que a su colega masculino, aunque en la actualidad las diferencias salariales son casi inexistentes o muy leves porque su comprobación es clara y ello lleva a que las empresas no realicen estas maniobras por miedo a una denuncia.

Desafortunadamente no sucede lo mismo con los puestos laborales, ya que este tipo de discriminación no es de fácil comprobación. Generalmente los procesos de ascenso o de reclutamiento de personal son intrínsecamente subjetivos y quien los dirige tiene un ámbito de discrecionalidad muy grande lo que da lugar a la discriminación no sólo de género sino también por raza, orientación sexual, etc.

Un tema que resulta especialmente irritativo para los empleadores es la actividad gremial de sus empleados. Salvo en las grandes empresas donde ya los sindicatos se han establecido y tienen fijado su cupo de representantes, es hartamente difícil para el personal de las pequeñas empresas llegar a tener un representante gremial. Es que

apenas detectan la más mínima señal de actividad sindical las empresas se desprenden de ese trabajador sin invocar causa alguna cuando tienen la oportunidad de despedir sin causa o invocando una causal distinta. Ante este modo de “represalia” por parte de la patronal es común que el resto de los trabajadores desistan de tener participación en la actividad sindical.

Otra modalidad discriminatoria se viene perfilando, como resultado del estado de salud del trabajador que ha sufrido un accidente laboral o que padece o ha padecido una enfermedad profesional.

Este tipo de discriminación que lleva a la ruptura del contrato de trabajo sin invocación de causa se ha agravado como consecuencia de la interposición de las demandas por accidentes de trabajo y/o enfermedades resultantes del mismo.

Luego de una demanda contra el empleador y solidariamente contra la ART contratada, en gran cantidad de casos, el empresario, en una demostración de intolerancia sanciona al trabajador que se atrevió a reclamar el resarcimiento consecuencia de su grado de incapacidad despidiéndolo.

En estos casos, el despido sin causa es utilizado por la empleadora como una represalia aunque, como parte de una lógica perversa ya que nadie admitirá el acto discriminatorio que se producirá bajo figuras que tienden a encubrirlo.

Frente a ello, debe jugar y aplicarse el principio, que ya ha ganado aceptación en el proceso laboral, de la producción dinámica de la prueba, como la inversión de la carga probatoria cuando surjan indicios que permitan tener por presuntamente configuradas estas situaciones discriminatorias.

La discriminación laboral no es de por si un hecho novedoso, pero si se ha agravado en las últimas décadas debido a la falta de controles adecuados y a la implementación de políticas flexibilizadoras que han sido aprovechadas por las empresas para favorecer sus propios intereses en desmedro de los derechos de los trabajadores, todo ello sumado a la connivencia de algunos jueces que arguyen que sus sentencias son “pro empresa” por una cuestión economicista, lo que resulta inadmisibile desde el punto de vista jurídico ya que la función de los jueces no es dictar sentencias “pro”, sino interpretar las leyes y aplicarlas y en el caso del fuero laboral específicamente llegar a la verdad real y no

permitir que se sigan conculcando los derechos de los trabajadores. Como ya lo expresara anteriormente, la Ley 23592 establece un concepto amplio que comprende distintas variables de discriminación, incluyendo sin duda entre ellas, situaciones que se dan en el ámbito del derecho del trabajo

Como parte de la evolución protectoria referida quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la referida norma deberá acreditar por un lado, tener las características que considera han motivado el acto impugnado y, por el otro que también se den en los hechos los indicios objetivos que fundamenten su ilicitud, la Jurisprudencia ha avanzado en el concepto de la carga dinámica de la prueba, poniendo en cabeza del empleador demostrar que el despido tuvo diferente motivación.

Frente al despido discriminatorio del trabajador accidentado o enfermo como producto de las tareas cumplidas para un empleador que brutalmente agrava su situación de vulnerabilidad por su estado de salud no se debe dudar en emplear todas las herramientas que el ordenamiento legal vigente nos proporciona, esto es solicitar la nulidad del acto ilícito, pidiendo la reinstalación del trabajador despedido si fuera posible en su nueva condición física y psicológica o, bien optar por la reparación integral por los daños que le fueran ocasionados por el acto discriminatorio..

Al mismo tiempo se le debe exigir al empleador, por aplicación de la doctrina de las pruebas dinámicas en materia de cargas probatorias, que sea quien demuestre fehacientemente que el despido no ha tenido una motivación discriminatoria.

Sin dudas el tema de la discriminación en el empleo es arduo y complejo y no se agota con la sola consideración de sus causas sino que exige una actitud comprometida de toda la sociedad que debe comprender que el trabajo es el motor que la mantiene en movimiento y que cada trabajador representa un engranaje indispensable en esa maquinaria y que cualquier menoscabo, restricción o lesión que se le produzca redundará en detrimento de la misma sociedad que acabará sucumbiendo por haber agotado y destruido las piezas de su motor, esto es a los trabajadores.

Los trabajadores son las piezas fundamentales de toda sociedad que se precie de progresista. Sin trabajo no hay progreso. Sin progreso las sociedades sucumben por eso debemos cuidar y proteger a nuestros trabajadores castigando a todos aquellos que

vulneren sus derechos con todas las herramientas legales que hoy poseemos y desarrollando nuevas que permitan impedir que los trabajadores se conviertan en los instrumentos que satisfagan las mezquindades y ambiciones de los grupos económicos y de poder.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- ✓ Alexy, Robert: "Teoría de los Derechos Fundamentales". Pág.394. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993
- ✓ Alfonso Ruiz Miguel: "Discriminación y el caso Kalanke.
- ✓ Becerra Ferrer – Haro – Gentile y otros: "Manual de Derecho Constitucional. Tomo I". pág. 278. Ed. ADVOCATUS. 1999 Córdoba
- ✓ Bidat Campos, Germán: "Notas sobre Derechos Constitucional y Garantías". Pág. 26. Ed. Ediar. Bs.As. 2001
- ✓ Carta Encíclica "LABOREM EXERCENS" DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II
- ✓ Castro Castro, José Francisco: "Discriminación laboral: algunos casos particulares". Extraído del trabajo realizado por la Dra. Andrea Amarante miembro del Instituto del Derecho del Trabajo
- ✓ Díaz Aroco, Teófila. Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho de Trabajo y Seguridad Social "Guillermo Cabanellas". "Derecho Colectivo del Trabajo" México. 1996, reimpresión 2005. Ponencia en la Conferencia Iberoamericana sobre Trabajo y Seguridad Social realizada en Perú 2009.-
- ✓ Diccionario de la RAE
- ✓ Etala, Carlos A: "Contrato de Trabajo". Sexta edición ampliada y actualizada. Editorial Astrea.
- ✓ Fernández Madrid. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, T.II.
- ✓ García Martínez, Roberto: "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social".pág 431. Editorial Ad-Hoc
- ✓ Grisolia, Julio Armando: "Derecho del Trabajo" Tomo I. Ed. Lexis Nexis. Bs.As.2004
- ✓ Informe sobre desarrollo humano del año 2000 realizado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD
- ✓ Katz, Ernesto:" El principio del tratamiento igual de los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo". D.T. 1961.
- ✓ Katz.. Ernesto. "La obligación de tratar de un modo igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo". D.T. 1958
- ✓ Katz.. Ernesto. "La obligación de tratar de un modo igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo". D.T. 1958.
- ✓ Kiper, Claudio Marcelo: "Derechos de las minorías ante la discriminación".pág.133 Hammurabi. Bs.As. 1998
- ✓ Krotoschin, Ernesto. "Discriminación e igualdad de trato en el derecho del trabajo". LT XIX A, 305.
- ✓ Marchant, Jaime: "La Discriminación y el Derechos a la Igualdad" Chile. Martínez Vivot, Julio. "La discriminación en el contexto actual de las relaciones laborales". DT 1997 B, 1731.
- ✓ Mazzalomo, Lidia – Musa, Marcelo: "Historia desde los Orígenes de la Humanidad hasta el Siglo XVI"- pág.61 – Ed. Conectar – Ed. 2011 – Bs.As.

- ✓ Rodríguez Mancini, Jorge; La discriminación y el contrato de trabajo, en D:T:, 2007-A-1, p. 6.
- ✓ Romero Paredes, Ronal J. : “Derecho Laboral”– Universidad Privada Atenor Orrego. Ruiz Martínez, Fernando: ”El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por razón de Sexo”. MacGraw Hill. pág.42. Madrid. 1995
- ✓ Seguridad, Higiene y Control Ambiental de Jorge Letayf y Carlos González Edad de Bronce, Edad de Piedra, Hammurabi y el Código de Hammurabi Universidad de Zaragoza – Proyecto Clio.-
- ✓ Toselli, Carlos Alberto, Grassis, Pablo y Ferrer, Juan Ignacio: “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Alveroni
- ✓ Toselli, Carlos Alberto, Grassis, Pablo y Ferrer, Juan Ignacio: “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Alveroni
- ✓ Trabajo realizado por la La Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación(ESPREDI) del Centro de Documentación de Honduras”
- ✓ Vázquez Vialard, Antonio (Director), Ojeda, Raúl (Coordinador, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. I, p. 242.
- ✓ Vazquez Vialard, Antonio, “Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Tomo I”. Cap. IV. Ed. Gráfica Minerva. Bs. As. 1981
- ✓ Vazquez Vialard, Antonio: “El Trabajo Humano”Ed. Eudeba Bs. As. 1981
- ✓ Vera Rojas, Patricia, La discriminación en los procesos de selección de personal, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Citado en INADI, “Recomendación General N.º 6: contra la discriminación en la oferta de empleos” Buenos Aires, 2009.

PAGINAS WEB

gustavofornes.com.ar/.../codigo-de-hammurabi-primer-antecedente-legal.

www.derechoporespecialidades.bligoo.com web www.oit.org.ar

www.ilo.org

www.taveryasociados.net/ladiscriminacionyelderechoaligualdad.htm

ww.inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec_gral_empleo.pdf

LEYES

CONSTITUCION NACIONAL

- Ley 11.544 “JORNADA DE TRABAJO” (año 1929)
- Ley 14.250 “CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO” (año 1953)
- Ley 18.204 “REGIMEN DE DESCANSO SEMANAL UNIFORME” (año 1969)

- Ley 18.693 “NORMAS PARA LA COMPROBACION Y JUZGAMIENTO DE INFRACCIONES” (año 1970)
- Ley 18.695 “INFRACCIONES LABORALES, PROCEDIMIENTO PARA SU COMPROBACION Y JUZGAMIENTO” (año 1970)
- Ley 20.392 “IGUALDAD DE REMUNERACION ENTRE LA MANO DE OBRA MASCULINA Y FEMENINA” (año 1973)
- Ley 20.744 “LEY DE CONTRATO DE TRABAJO” (año 1974)
- Ley 23.551 “LEY DE ASOCIACIONES SINDICALES” (año 1988)
- Ley 23.592 “DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES, ACTOS DISCRIMINATORIOS, SANCIONES PARA QUIENES LOS EJECUTEN” (año 1988)
- Ley 23.691 “TRABAJADORES EN RELACION DE DEPENDENCIA, DERECHO QUE LES ASISTE EN CASO QUE DEBAN CONCURRIR ANTE LA JUSTICIA Y ORGANISMOS PUBLICOS” (año 1989)
- Ley 23.789 “IMPLANTACION DE UN SERVICIO DE TELEGRAMA Y CARTA DOCUMENTO PARA TRABAJADORES DEPENDIENTES Y JUBILADOS Y PENSIONADOS” (año 1990)
- Ley 24.013 “LEY NACIONAL DE EMPLEO” (año 1991)
- Ley 25.877 “LEY DE REORDENAMIENTO LABORAL” (año 2004)

TRATADOS INTERNACIONALES

- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE
- DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

RECOMENDACIONES DE LA O.I.T

FALLOS

“ALVAREZ, MAXIMILIANO Y OTROS C/ CENCOSUD SA s/ ACCION DE AMPARO”

ARECCO MAXIMILIANO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.A. S/JUICIO SUMARÍSIMO

CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (GM.- Z.- S.-)

CNAT Sala VI Expte n°33975/02 sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina c/ Pepsico de Argentina SRL s/ sumarísimo" (FM.- de la F.-)

CNAT Sala V Expte n° 17064/02 sent. 67602 6/5/05 "Rossi, Rodolfo c/ Origenes AFJP SA s/ despido" (GM.- B.-)

CNAT Sala II Expte n° 23109/03 sent. 93816 21/9/05 "I., N. E. c/ Lamartine SA s/ despido" (G.- R.-)

CNAT Sala II Expte n° 25648/02 sent. 93623 7/7/05 "Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios" (G.- R.-)

CNAT Sala II Expte n° 13596/05 sent. 94609 17/11/06 "Scognamillo, María c/ Dadone Argentina SA s/ despido" (P.- Gui.-)

CNAT Sala VII Expte n° 2512/05 sent. 40175 8/6/07 "Rybar, Héctor c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido" (F.- RD.-)

CNAT Sala IX Expte n° 15443/06 sent. 14360 27/6/07 "Yacanto, Claudio c/ Radiotrónica de Argentna SA y otro s/ sumarísimo" (P.- B.-)

CNAT Sala IX Expte n°22537/02 sent. 12488 31/5/05 "Greppi, Laura c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido" (P.- B.-)

Cnat Sala VI Expte N° 33975/02 Sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico De Argentina Srl S/ Sumarísimo" (FM.- De La F.-)

Cnat Sala X Expte N° 17520/00 Sent. 9679 29/6/01 "Stafforini, Marcelo C/ Ministerio De Trabajo Y Seguridad Social. Anses S/ Amparo" (Sc.- C.- S.-)

CNAT Sala VIII Expte n° 796/04 sent. 33133 31/3/06 "Frasch Verón, Gonzalo s/ Arcos Dorados SA s/ despido" (M.- L.-)

CNAT Sala VII sent. 26/5/93 "T., C. c/ OGA SRL y otro s/ despido" (L.-B.-)

CNAT Sala V sent. 67602 6/5/05 "Rossi, Rodolfo c/ Origenes AFJP SA s/ despido" (GM.- B.-)

CNAT Sala IV Expte n° 13114/01 sent. 89902 30/8/04 "O., E. c/ Falabella SA s/ despido" (M.- G.-)

CNAT Sala VII Expte n° 10366/03 sent. 39706 3/11/06 "C., R. A. c/ Marofa SA s/ despido" (RB.- F.-)

CNAT Sala VI Expte n° 13463/04 sent. 59275 15/11/06 “Toro, Dora c/ SPM Sistema de Protección Médica SA y otro s/ despido” (FM.- S.-)

CNAT Sala IX Expte n° 7012/00 sent. 9102 23/10/01 “Campos, Juan y otro c/ Telefónica de Argentina SA s/ sumarísimo” (P.- B.-)

INDICE

INTRODUCCION.....	3
CAPITULO I.....	7
HISTORIA DEL TRABAJO.....	7
DEFINICION DE TRABAJO.....	8
EVOLUCION DEL TRABAJO HUMANO.....	8
CAPITULO II.....	13
TUTELA JURIDICA DEL TRABAJO.....	13
EL TRABAJO EN LA CONSTITUCION NACIONAL.....	15
LEYES NACIONALES QUE TUTELAN EL TRABAJO.....	16
Discriminación Directa:.....	27
LA DISCRIMINACION EN EL EMPLEO.....	30
DEBER DE NO DISCRIMINAR.....	32
LEY ANTI DISCRIMINACION N° 23.592.....	35
APLICACIÓN DE LA LEY 23592 – POSICIONES DOCTRINARIAS.....	38
DISCRIMINACION ANTERIOR A LA ETAPA LABORAL.....	40
DERECHO COMPARADO.....	41
CAPITULO IV.....	45
JURISPRUDENCIA.....	45
FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - LA REINCORPORACION DE LOS TRABAJADORES EN EL CASO “ALVAREZ, MAXIMILIANO Y OTROS C/ CENCOSUD SA s/ ACCION DE AMPARO”.....	46
C.N.AT. SALA V, SENTENCIA DEFINITIVA 69.131 DEL 21.12.06 AUTOS “ARECCO MAXIMILIANO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.A. S/JUICIO SUMARÍSIMO.....	49
Despido. Acto discriminatorio. Tutela del trabajador.....	55
Despido. Acto discriminatorio. Amparo. Procedencia.....	56
Despido. Acto discriminatorio. Empleado que padece cáncer terminal.....	56
Despido. Acto discriminatorio. Portador de HIV.....	56
Despido. Discriminación. Ley 23592. “Iura novit curia”. Facultad de los jueces. Calificación jurídica de los hechos. Procedencia.....	57
Despido. Discriminación. Ley 23592. Prueba.....	58
Despido. Acto discriminatorio. Prueba. Cargas dinámicas probatorias.....	58
Despido. Acto discriminatorio. Prueba.....	59
Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.....	59
Despido. Acto discriminatorio. Desplazamiento de las reglas tradicionales en la distribución de la carga de la prueba.....	60
Despido. Acto discriminatorio. Articulación del onus probandi.....	61
Despido. Discriminación. Prueba. Indicios.....	61
Despido. Discriminación. Prueba. Indicios razonables.....	62
Despido Acto discriminatorio. Ruptura que excede el marco del sistema de estabilidad relativa. Acto nulo.....	62
Despido. Acto discriminatorio. Ley 23592. Procedencia. Reincorporación del trabajador.....	63

Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador. Régimen de estabilidad impropia	63
Despido. Discriminación. Daño moral. Improcedencia. Conducta personal de un gerente de la demandada.....	64
Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Empleado que padece cáncer .	65
Despido. Discriminación. Portador de SIDA	65
Despido. Discriminación. Portador de Sida	66
Despido. Discriminación. Trabajadora epiléptica	66
Despido. Discriminación. Impedimento de realizar horas extras	66
Despido. Acto discriminatorio. Nulidad. Reincorporación del trabajador. Daño moral. Indemnización. Efectos	67
CONCLUSION	68
BIBLIOGRAFIA	75
INDICE.....	80