



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

DESPIDO DISCRIMINATORIO

CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

LEON FELIPE VASQUEZ RISSO

ABOGACIA

2016

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Resumen

El fenómeno de la discriminación, tal y como la conocemos, se encuentra instalado con intensa raigambre en el marco de nuestro sistema sociocultural desde épocas inmemoriales. Dentro de nuestro contexto histórico, el ámbito del derecho laboral no ha quedado exento de tal problemática, encontrándose en repetidas oportunidades en situación de dirimir planteos y diversos cuestionamientos desarrollados por los principales actores en la materia.-

De un tiempo a esta parte, tanto la doctrina y la jurisprudencia especializada, como el alto cuerpo legislativo de la nación, han buscado, no sin arduo esfuerzo, conceptualizar y delimitar el complejo espectro de posibilidades en que puede un acto ser susceptible de considerarse como discriminatorio – en lo referido a la materia laboral - y en su caso, cuales son las consecuencias jurídicas que del mismo se desprenden, a fin de dar una respuesta a la problemática que tal circunstancia conlleva, y poder, por un lado, resarcir acabadamente a quien padece el acto discriminatorio, y por otro, sancionar debidamente a quien lo comete. Ello, mediante la incorporación al plexo normativo, de diversas normas que regulen de modo acabado los diferentes supuestos en que tal circunstancia puede desarrollarse.

Ahora bien, así descripto el contexto, resta analizar si el sistema indemnizatorio dispuesto en materia de discriminación laboral por nuestro propio ordenamiento se presenta adecuado para dar respuesta a tamaña circunstancia.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Abstract

The phenomenon of discrimination, as we know it, is deeply installed in our cultural system since immemorial times. In our historical context, the labor law has not remained exempt from such problematic, being in repeated opportunities in situation of dissolving problems and diverse issues handled by the principal actors in the matter.-

For a while now, the doctrine, specialized jurisprudence and the Supreme Court of the Nation, have attempted, not without arduous work, to conceptualize and to delimit the complex spectrum of possibilities in which an act can be considered to be discriminatory – in recounted to the labor law – and in that case, which are the juridical consequences that the same has, in order to give a response to the problematic that such circumstance carries, and be able to, first of all, indemnify who suffers the discriminatory act, and second, sanction who commits it. It, by means of the incorporation to the normative plexus, of diverse procedures that regulate thoroughly the different suppositions in which such a circumstance could develop.-

Now then, within this context, it's important to analyze if the compensatory system set for labor discrimination by our own juridical system, is prepared to give appropriate response.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

DEDICATORIA

A mi vieja y hermanos, por acompañarme y creer incondicionalmente en mí hasta llegar a este feliz presente.-

A mi viejo, por ser el tipo que fue.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

INDICE

INTRODUCCION.-	11
CAPITULO I – BREVE APROXIMACION AL CONCEPTO DE DISCRIMINACION.-	19
a. Concepto amplio de Discriminación.-	19
b. Concepto restrictivo.-	22
c. Conclusiones parciales.-	24
CAPITULO II – MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL.-	26
a. Marco normativo internacional.-	26
b. Marco normativo interno.-	33
c. Conclusiones Parciales.-	35
CAPITULO III – COLISIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES – PREVALENCIA DE LAS GARANTÍAS QUE RESGUARDAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-	37
a. Colisión de Garantías Constitucionales.-	37
b. Prevalencia de las garantías que resguardan los derechos fundamentales.-	38
c. Conclusiones Parciales.-	41
CAPITULO IV – LEGISLACION VIGENTE EN MATERIA DE DISCRIMINACION LABORAL.-	43
a. Ley Antidiscriminación (23.592).-	43
b. Ley de Contratos de Trabajo (20.744 y modif.).-	46
c. Ley de Asociaciones Sindicales (23.551).-	50
d. Conclusiones Parciales.-	52
CAPITULO V - DESARROLLO CRÍTICO EN RELACION A LEGISLACION POSITIVA IMPERANTE EN MATERIA DE DISCRIMINACION.-	54
a. Carácter complementario de la Ley Antidiscriminación y la LCT.-	54

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

b. Critica al Sistema de Indemnización Tarifado-	58
c. Conclusiones Parciales.-	66
CAPITULO VI - DERECHOS PERSONALISIMOS.-	69
a. Concepto.-	69
b. Reconocimiento en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-	70
c. Aproximación al concepto de Dignidad Humana.-	70
d. Sistema de Prevención y Reparación de daños de Derechos Personalísimos.-	73
e. Conclusiones Parciales.-	77
CAPITULO VII - CONCLUSION.-	79
a. Reflexiones Parciales-	79
b. Conclusión.-	81
BIBLIOGRAFIA.-	85
JURISPRUDENCIA.-	88
LEGISLACION.-	88
ANEXOS.-	90
a. Anexo 1, Ley 23.592-	90
b. Anexo 2, Fallo C.S.J.N. “Álvarez Maximiliano y Ot c/ Cencosud SA”.-	93

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

INTRODUCCION

Nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, o su origen, o su religión. La gente tiene que aprender a odiar, y si ellos pueden aprender a odiar, también se les puede enseñar a amar, el amor llega más naturalmente al corazón humano que su contrario (Mandela, 2010).-

La persona humana, como tal, es titular de ciertos derechos de carácter esencial e inalienable, que resultan básicos y necesarios tanto para el desarrollo de su vida personal como para la realización de los demás derechos que goza. En tal sentido Sagúes (1999) incluye el derecho a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud, a la dignidad, al nombre, a la nacionalidad y a la propia imagen. Todos ellos atañen a algo indispensable: que al ser humano se le reconozca en su condición de tal (Fredman, 2008).-

Si bien Sagúes (1999) en el desarrollo de su descripción no especifica el derecho a la igualdad y no discriminación, tanto la jurisprudencia nacional como internacional y doctrina especializada en la materia, han concluido que el mismo, "...ha alcanzado actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, - puesto que sobre el descansa todo el andamiaje del orden publico nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"¹.-

Es por ello que el derecho a la no discriminación reviste en los tiempos que corren, un carácter de suma preponderancia dentro del espectro jurídico normativo positivo en el cual el hombre, en su condición de tal, desarrolla su vida.-

Por su parte, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "Los Derechos Humanos representan valores superiores que no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona

¹ C.S.J.N., "Álvarez, c/ Cencosud SA", Fallos: 333:2306 (2010).-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

humana”². En este sentido de ideas, se advierte pues, el posicionamiento privilegiado tanto a nivel internacional como nacional, que detenta tanto el derecho a no ser discriminado así como la dignidad misma de la persona -

Ahora bien, en nuestro país, luego de la reforma constitucional del año 1994, y por intermedio de las previsiones establecidas en el art. 75 inc. 22 y 24, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución Nacional. De este modo, se ha ampliado y ratificado respectivamente, el espectro de garantías supremas que luego dan sustento al ordenamiento positivo en la materia.-

No abunda en absoluto referir asimismo, que el objetivo primordial de estos convenios no es regular las relaciones entre los países que no tienden a la integración económica o política, sino que imponen a los Estados pautas mínimas de garantía de los derechos fundamentales; procurando establecer un orden publico común que es “*ius cogens*” y rigiéndose por el principio “*favor libertatis*”; y sus normas han de interpretarse de manera extensiva y amplia (Bidart Campos, 1998).-

Ahora bien, en cumplimiento con la manda constitucional, nuestro país ha efectivizado tales garantías mediante la sanción de leyes tendientes a regular lo atinente en materia específicamente discriminatoria por un lado (Ley Antidiscriminación) y en materia de discriminación laboral, a través de la Ley de Contratos de Trabajo y la Ley de Asociaciones Sindicales, respectivamente. Asimismo, valga la salvedad, tanto la jurisprudencia como la doctrina, a la fecha, entienden pacíficamente que se ha superado aquella vieja discusión que versaba sobre la aplicabilidad de la Ley 23.592 - Antidiscriminación – en las cuestiones relativas al derecho del trabajo, interpretándose a esta última norma positiva como de carácter

² Corte I.D.H., Sentencia Velásquez Rodríguez, del 29 de Julio de 1988, Serie C, Nº 4.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

transversal a todo el ordenamiento jurídico constituido, razón por la cual nada obstaría su efectiva aplicación dentro del marco del derecho laboral.-

En esta línea de ideas, Eduardo Álvarez (2008) ha expresado que:

Ahora bien, la ley 23.592 dio un paso específico y expreso acerca de las consecuencias que traería aparejado el acto discriminatorio, y el artículo 1° dispone, en su primer párrafo, más allá del juicio que pudiera suscitar su redacción: - 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 -.

Como se advierte, la disposición legal prevé la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable que estaría equiparado, como lo hemos señalado en otra oportunidad, al acto jurídico de objeto prohibido al que alude el art. 953 del Código Civil, y que si responde al ejercicio de un derecho o de una facultad, sería asimilable, incluso a la figura del abuso que incorpora la reforma de la ley 17.711.-

La norma transcripta, de carácter general y enfático, no presenta ningún elemento que permita interpretar, con fundamento razonable, que no está llamada a regir cuando el acto discriminatorio es el despido, y no creo que sea admisible interpretar una ley antidiscriminatoria contrariando su finalidad ostensible y “discriminando” (valga la reiteración) a un grupo determinado de habitantes por el solo hecho de ser trabajadores.-

Así lo ha expresado también la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

oportunidades, en fallos como “Pérez Aníbal Raúl c/ Disco SA”³ y “Madorran”⁴, para desarrollar en forma de corolario de la mentada interpretación, lo expuesto en el Fallo “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/Acción de Amparo”⁵ al tiempo de establecer:

Que este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones, además de la que se expresara en el considerando siguiente. **Primeramente, nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, - la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como santuarios de infracciones: se reprueba en todos los casos – (Condición jurídica y Derecho de los Migrantes, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto la relación laboral, si algo muestra en los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto de su dignidad (Pérez Aníbal Raúl c/ Disco SA, Fallos: 332:2043, 2054) Ello explica que dignidad y trabajo se relacionan en términos – naturalmente entrañables – (Madorran, fallos: 330:1989, 2004)⁶, tal como, con claridad, lo destaca el art.**

³ C.S.J.N. “Pérez c/Disco SA”, Fallos: 332:2043, 2054 (2009).

⁴ C.S.J.N. “Madorran c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330: 1989, 2004 (2007).

⁵ Ídem, p.7, Nota 5.-

⁶ Ídem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

14bis de la Constitución Nacional – las leyes aseguran al trabajador: condiciones dignas [...] de labor – y lo reitera el art. 7 del PIDEDEC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948 y la Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus miembros...⁷.-

En definitiva, puede advertirse de lo expresado, que el derecho a NO ser discriminado se presenta como un derecho personalísimo de carácter no patrimonial. Esto es, como un Derecho Humano Fundamental garantizado tanto en la propia Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

De lo dicho se colige pues, que aquel prevalece frente a los derechos de carácter patrimonial como pueden ser el derecho a la propiedad, a ejercer la libre industria, a la libre contratación, etc., siendo el fundamento de tal supremacía justamente el hecho de que el derecho a No ser discriminado es inescindible a la dignidad humana. Por tal circunstancia y siguiendo el razonamiento expuesto que se ve confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo, se presenta inevitable el cuestionamiento respecto de si el sistema indemnizatorio previsto en materia laboral resulta adecuado a fin de hacer operativas las garantías ante dichas y en efecto procurar el cumplimiento de las mismas. Ello, por cuanto, si el derecho a la no discriminación prevalece por sobre las garantías constitucionales de carácter patrimonial, ¿Cómo es que hay supuestos en la legislación vigente en que se pretenda resarcir el daño producto del acto discriminatorio (el despido), simplemente con una indemnización económica, posiblemente

⁷ Ídem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

agravada, y en tal caso, si esta indemnización cumpliría la función de reparación del daño causado y de sanción para quien cometió la conducta reprochable?

Adviértase entonces, que así expuesta la situación, tal cuestionamiento inocultablemente irrumpe de manera frontal y agresiva contra el sistema de indemnización tarifada imperante en materia laboral previsto por nuestro ordenamiento positivo. No obstante ello, soslayar la envergadura del mismo importaría desatender que posiblemente el sistema ensayado e instalado hasta el momento en la materia quizás no se presenta adecuado o apropiado para tornar operativos tanto los derechos como las garantías dispuestas por la carta magna, amén de plantear una serie de interrogantes que no encontrarían respuesta, tales como: ¿Es posible “patrimonializar” los derechos personalísimos? ¿Cuál es el precio de la dignidad humana? ¿Tal circunstancia no se presenta como una suerte de justificación para que quienes se encuentren en condiciones económicas de pagar la indemnización prevista puedan discriminar? ¿No es posible que el supuesto expuesto desvirtúe el valor ontológico de las garantías constitucionales y tratados internacionales, previstos para tales fines? En definitiva, ¿No resulta tal vez, una inconsistencia de orden sustancial, pretender que una indemnización de antemano tarifada, sin importar su cuantía, se presente como el mejor remedio al reproche que el ordenamiento dispone contra el acto discriminatorio? ¿De este modo, no se estaría desconociendo quizás, el efectivo daño producido sobre aquel que ha sido discriminado? (Grassis, 2010).-

Como se advierte pues, el objetivo primordial de la investigación a realizar radica en la pretensión de profundizar el estudio respecto del supuesto que plantea que una vez operada la discriminación como acto jurídico que extingue el vínculo laboral, el medio de reparación del daño producido y consecuente resarcimiento integral del mismo, coherente con la normativa constitucional vigente, es la reinstalación del trabajador con mas los daños y perjuicios que el

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

acto le hubiera ocasionado, ello en razón de que pretender un agravante dentro de la indemnización tarifada prevista en materia laboral, se presenta, no solo insuficiente, sino incapaz de responder en consonancia y siguiendo las directrices constitucionales e internacionales dispuestas a tales fines.-

En efecto, habiendo ya podido conceptualizar en términos generales el marco teórico sobre el cual va a versar la presente investigación, y previo a todo análisis específico en la materia, corresponde situarnos en la realidad, entendida esta, como la percepción sensible del contexto espacio-temporal integralmente constituido, en que el individuo se encuentra inmerso y desarrollándose (Tiempo/espacio). Así pues, esta última se presenta como el marco en que el sujeto se desenvuelve como miembro de una sociedad determinada. Ello, a fin de poder realizar el abordaje de la temática expresada en un contexto determinado y específico.-

Así, seguidamente y como fuera expuesto, corresponde avocarnos a la ardua tarea de poder racionalizar la problemática planteada y de esta forma poder abordarla de modo acabado.

En tal sentido, en la actualidad, es por demás claro que el problema de la discriminación dentro del marco económico y socio cultural en el cual nos encontramos inmersos, excede ampliamente lo estrictamente concerniente a la materia laboral.

Ahora bien, en relación a la estructura metodológica de la investigación, esta se constituye por siete capítulos desarrollados desde un punto de génesis genérico hacia lo específico en la materia que nos importa. El primero de ellos, se encuentra direccionado a profundizar aspectos generales tales como el concepto amplio y el restrictivo de la discriminación como la conocemos. Por su parte, el segundo capítulo refiere a una acabada descripción del marco normativo constitucional, tanto nacional como internacional, con las implicancias que eso conlleva. En el capítulo tercero se realizará el análisis que plantea la supuesta colisión de

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

garantías constitucionales y posible prevalencia de unos derechos sobre otros, para luego en el capítulo cuarto efectuar un vasto desarrollo de la legislación vigente en materia de discriminación laboral. Seguidamente en el capítulo quinto se realizará un desarrollo crítico a la legislación positiva en materia de discriminación. En el capítulo sexto se efectuará un análisis que comprende todo lo concerniente a los derechos personalísimos y a la dignidad humana como tal, y como los recepta y pretende reparar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en los supuestos de vulneración de aquellos. Finalmente en el restante capítulo séptimo se expondrá una conclusión más extensa en relación al desarrollo metódicamente descripto y analizado.-

En relación al método de trabajo escogido, corresponde referir que la presente es una investigación de carácter descriptivo. Mediante la misma se pretende realizar un profundo análisis del despido discriminatorio y de cómo reacciona el ordenamiento jurídico frente a tal circunstancia, poniendo especial atención en el sistema de reparación y si este cumple con el resguardo de las garantías constitucionales que pudieran verse violentadas frente a un acto de discriminación laboral.

Es importante destacar que en la presente investigación utilizaremos el método cualitativo en pos de alcanzar la profundidad pretendida.-

Finalmente, cabe mencionar, la utilización de las fuentes tanto primarias como secundarias en el desarrollo de la investigación. Por las primarias se utilizarán, la Constitución Nacional, Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, diferentes cuerpos normativos, todo ello en cuanto se relaciona con la discriminación laboral, y como fuentes secundarias serán el abanico de artículos, publicaciones de la doctrina, así como el análisis de la jurisprudencia específica en la materia.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPITULO I

BREVE APROXIMACION AL CONCEPTO DE DISCRIMINACION

a. Concepto amplio de discriminación

Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades⁸.-

Se advierte del aparatado expresado en el párrafo que precede la naturaleza fundamental del derecho que garantiza la igualdad y la no discriminación entre los seres humanos, en tanto persigue el abstracto ideal de que cualquier ser humano, por su sola condición de tal y sin distinción de cualidades particulares o caracteres específicos, detenta el derecho de perseguir su bienestar moral y material en condiciones de libertad y dignidad. Situación que, *contrario sensu*, implicaría en forma invariable un menoscabo directo a ese derecho inalienable que posee cualquier ser humano.-

La discriminación, tal y como la conocemos, es una infección social que atenta contra derechos inescindibles a todo ser humano o grupo colectivo, por el solo hecho de existir. Es en sí misma, un proceso evolutivo que se ha ido desarrollando con el devenir de la propia civilización. En efecto, ésta, se presenta como una problemática socio-cultural que desconoce tanto de fronteras geográficas como de líneas temporales propiamente dichas. Es por ello que al referirnos a ella, nos encontramos frente a una circunstancia de carácter universal y atemporal, infiltrada con hondo calaje dentro del ideario social, en razón de que posiblemente encuentra su génesis en la conformación misma de las comunidades, la diversidad tanto de culturas y subculturas, así como de religiones, genero, orientación política, etc.,

⁸ O.I.T. (1944). Declaración de Filadelfia, Punto II.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

evolucionando de manera singular y sigilosa a la par de la humanidad misma, a punto tal de constituirse y erigirse tal y como la conocemos en la actualidad.

Por su parte el Instituto Nacional Anti Discriminación (INADI), la ha conceptualizado como el acto de agrupar a los seres humanos según algún criterio elegido e implica una forma de relacionarse socialmente. Concretamente, suele ser usado para hacer diferenciaciones que atentan contra la igualdad, ya que implica un posicionamiento jerarquizado entre grupos sociales⁹, es decir, cuando se erige un grupo con más legitimidad o poder que el resto.-

Ahora bien, previo a ingresar al análisis pormenorizado que el estudio en la materia amerita, corresponde abordar la génesis conceptual del término “discriminación”. Ello, a fin de establecer su significado lingüístico de manera específica, como punto de partida del arduo camino a recorrer mediante la presente investigación. A este respecto, la Real Academia Española, encuentra la génesis del término que nos ocupa en el latín, resultando el termino original: *discriminatio*, -ōnis, refiriendo a la misma como la acción y efecto de discriminar. En tanto acción positiva, como protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión, para lograr su plena integración social¹⁰.-

Consecuentemente, al término discriminar, del lat. *Discrimināre*, como seleccionar excluyendo, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.¹¹.-

En definitiva, desde una perspectiva amplia, y entendiéndose a la discriminación como una acción u omisión, podemos advertir, que en cualquiera de los casos se configura como una manifestación o expresión de voluntad tendiente a segregar, separar, dar trato de

⁹ Recuperado de (<http://inadi.gob.ar/promocion-y-desarrollo/publicaciones/documentos-tematicos/racismo-hacia-una-argentina-intercultural/que-es-la-discriminacion>).-

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española (2000), Ed. 21.-

¹¹Ibidem.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

inferioridad a un individuo o colectividad, en razón de caracteres circunstanciales, tales como: la raza, sexo, religión, ideología, posición económica, nacionalidad, caracteres físicos, etc.-

Así, la discriminación, como fenómeno sociológico, atenta de modo frontal e inocultable contra el concepto de “igualdad”, pilar fundamental del entramado de la ficción jurídica que constituye el Estado de Derecho tal y como lo conocemos, y al que la Real Academia Española ha determinado por su parte, como: “Principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones¹²”.-

En definitiva, la discriminación se materializa como un menoscabo o trato desfavorable hacia un sujeto o colectivo humano en razón de sus características particulares, ya sea por cuestiones referentes a la raza, religión, físicas, de género, orientación sexual, posición económicas, ideas políticas, etc., teniendo ésta, en tanto acción u omisión, como resultado, el inevitable incumplimiento de los derechos fundamentales de todo ser humano, toda vez que arremete en forma directa contra aquellos, e invariablemente contra el sujeto discriminado y el contexto en el que éste desarrolla su vida.-

Ahora bien, habiéndose dimensionado el amplio espectro que implica el término discriminación dentro de una comunidad determinada, en lo siguiente, y de acuerdo a la metodología adoptada en el trabajo de investigación que nos ocupa, corresponde que, a fin de direccionar el mismo, se busque conceptualizar de un modo más restrictivo a aquella. Tomando como principal referencia el significado y alcance que el legislador le ha otorgado a través de la sanción de una norma de conducta determinada en la materia.-

¹² Diccionario de la Real Academia Española (2000), Ed. 21.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

b. Concepto Restringido

Es un concepto usual y socialmente aceptado el de tener por configurado un acto discriminatorio por el mero hecho objetivo de prodigar un trato distinto a uno o más sujetos respecto del resto (Elías, 2008).-

Advirtiéndose en el apartado precedente que el concepto de discriminación resulta de una extensión compleja, abstracta y excesivamente amplia, pretenderemos abordar desde un espectro más específico el significado que nuestra sociedad ha pretendido asignarle a la problemática que nos atiende. En tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha receptado la circunstancia en cuestión sancionando la Ley Antidiscriminación. Normativa esta que ha venido a resguardar y pretender hacer operativas las garantías individuales que como ciudadanos, y antes que ello, que como seres humanos, detentamos.

En tal sentido, el artículo 1^a de la mentada legislación explícitamente expresa:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos¹³.-

Amén de lo expuesto, resulta imperioso destacar la importancia y el alcance de la referida norma, ello haciendo expresa la salvedad de que la misma reviste el carácter de meramente enunciativa en cuanto a la tipificación de los supuestos actos u omisiones que pudieran

¹³ Art. 1 Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

resultar discriminatorios. Tal aspecto, implica que cualquier acto u omisión que resulte discriminatorio, sin importar que no se encuentre descripto específicamente en la norma, se encuentra bajo los alcances y efectos de la misma. De este modo, se ha pretendido dar el más extenso y comprensivo alcance a lo que realmente implica un acto discriminatorio.-

En tal sentido, y como fuera expuesto, el legislador ha expresado de la siguiente manera el desarrollo de las conductas que particularmente considera discriminatorias, sin que ello implique, en modo alguno, que otra forma de discriminación diferente a las enunciadas, no pueda ser encuadrada dentro de la presente norma y por consiguiente susceptible de ser sancionada de acuerdo a las prescripciones establecidas por la misma.

Así el art. 1 de la referida Ley 23.592 expresa en su parte pertinente:

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 físicos¹⁴.-

Dejándonos de este modo, un abanico meramente enunciativo, de posibles conductas sociales, tanto en forma de acción u omisión, que resultan inevitablemente discriminatorias.-

Por otra parte, del desarrollo del referido artículo se desprende asimismo, el carácter facultativo y eminentemente resarcitorio de la presente ley. Facultativo digo, pues expresa textualmente en su parte pertinente: “a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización¹⁵”, y resarcitorio, por cuanto dispone: “...y a reparar el daño moral y material ocasionados¹⁶”.-

Tales elementos emergentes de la letra y espíritu de la norma, resultan indispensables para comprender el sistema de resguardo dispuesto por el legislador para prevenir, dejar sin efecto

¹⁴ Art. 1 Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-

¹⁵ Art. 1 Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-

¹⁶ Art. 1 Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

y reparar el acto considerado discriminatorio, y quien se encuentra legitimado para hacer ejercicio de esa facultad frente a tal padecimiento.-

En efecto, los caracteres referidos no hacen más que efectivizar los derechos y garantías reconocidos, tanto en la Constitución Nacional como en los textos resultantes de las Convenciones Internacionales con igual jerarquía, así como también de las expresiones vertidas en la Declaración de Filadelfia de 1944, que en términos amplios y genéricos establece de modo singular el hecho de que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad.-

c. Conclusiones Parciales

Se advierte pues, desde una perspectiva amplia, que la discriminación resulta un fenómeno social de compleja extensión y con un carácter sustancial eminentemente abstracto, en tanto su génesis resulta de difícil cifrado así como sus causas sumamente variables. No obstante ello, sus consecuencias acaban por expresarse invariablemente, como la degradación o menoscabo de los derechos fundamentales del Ser Humano.-

En efecto, ésta, no es otra cosa sino el resultado de una problemática socio-cultural que desconoce tanto de fronteras geográficas así como de líneas temporales propiamente dichas. Razón por lo cual al referirnos a ella, nos encontramos frente a una circunstancia de carácter universal y atemporal, infiltrada en el ideario social.-

En tal sentido y en pos del análisis pormenorizado de los aspectos principales de la misma, he pretendido en la presente investigación, en una primera, instancia conceptualizar genéricamente el significado del término “*Discriminación*”, para luego restringir sus alcances y avocarme específicamente a lo que la legislación en la materia ha dispuesto,

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

desmenuzándose de este modo los caracteres que se desprenden de la misma a fin de comprender tanto su alcance como significado.-

Finalmente, cabe destacar que a entender del suscribiente, la Ley Antidiscriminación, más allá de las reservas que por su alcance y redacción pudiera merecer, como elemento de interpretación restrictiva del concepto genérico de la discriminación, en tanto norma positiva dentro de la estructura de un Estado de Derecho, resulta un mecanismo jurídico invaluable a fin de dar efectivo cumplimiento a las garantías constitucionales que plantean el derecho a la igualdad.

Ahora bien, tal circunstancia, de ninguna manera obsta, en pos de una progresividad conceptual y evolución en el estudio de la materia, la posibilidad de una revisión estructural tendiente a la ampliación, readecuación y posible modificación de la misma en un futuro próximo.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPITULO II

MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL

a. Marco Normativo Internacional

Adentrándonos en el estudio pormenorizado de la materia en cuestión y previo desarrollo de cualquier valoración, es importante destacar que nuestro ordenamiento jurídico constitucional ha visto ampliado ostensiblemente el espectro de garantías y derechos reconocidos. Ello, en razón de que por medio de la reforma constitucional efectuada en el año 1994, a través del art. 75 inc 22¹⁷, se incorpora una serie de tratados internacionales a los que se le confiere jerarquía constitucional, esto es, como plexos normativos conexos y complementarios a la propia ley fundamental, tales como pueden ser: La declaración de los derechos y deberes del hombre; la declaración universal de derechos humanos; la convención americana sobre derechos humanos; el pacto internacional de derecho económicos, sociales y culturales; el pacto internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, etc.(Art. 75 Inc. 22 C.N.), así como también incorpora con jerarquía supra legal, pero de carácter inferior a la manda constitucional, tratados internacionales y convenios con diferentes organismos no estatales de orden internacional, tal como puede ser la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).-

Ahora bien, una vez efectuada la mención, en forma meramente descriptiva, del conjunto de convenios de orden internacional que complementan a la Carta Fundacional, continuaremos abordando la implicancia de los mismos dentro de nuestro propio

¹⁷ Constitución Nacional (1998). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

ordenamiento, avocádonos, en cuanto sea posible, al aspecto propiamente de la discriminación laboral.-

Así pues, una vez racionalizada la problemática expresada en materia de discriminación, surge, como tanto el derecho internacional como el interno, se han visto en la ardua tarea de legislar en materia de Derechos Humanos pretendiendo resguardar la dignidad del ser humano a través de un cumulo de normas con carácter de jerarquía constitucional, ello, como fuera dicho, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la CN.-

Entre ellas, y como instrumento de salvaguarda de los primeros, encontramos lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su preámbulo establece en su primer considerando que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”¹⁸.-

Asimismo, la mentada Declaración establece en su art 1° “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹⁹.-

Por su parte y en sus arts. 2° y 7° disponen: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, y “Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos – Res. 217 A (III) De la Asamblea General de las Naciones Unidas – 10/12/1948 – Preámbulo 1° par.-

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos - Res. 217 A (III) De la Asamblea General de las Naciones Unidas – 10/12/1948 – Art. 1.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”²⁰, respectivamente.-

Ahora bien, en relación a la normativa protectoria en materia de derecho del Trabajo, la presente declaración expresa en su art. 22:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad ²¹.-

En consonancia con lo expuesto a nivel global, se encuentra la posición adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), en tanto y en cuanto, mediante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ha establecido en primer término, como párrafo inicial en su preámbulo, lo dispuesto por el art. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto enuncia que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por su naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”²².-

Así, de la exegesis de tal enunciado se advierte el valor preponderante que los diferentes cuerpos legislativos en el ámbito internacional asignan a la materia.-

Adviértase asimismo que lo dispuesto por los arts. II y V de la referida declaración expresan:

²⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos - Res. 217 A (III) De la Asamblea General de las Naciones Unidas – 10/12/1948 – Art. 2 y 7.-

²¹ Declaración Universal de Derechos Humanos – Res. 217 (III) De la Asamblea General de las Naciones Unidas – 10/12/1948 – Art. 22.-

²² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – IX Conferencia Internacional Americana – Bogotá – Colombia 1948 – Preámbulo – par. 1°.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” y “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”²³, respectivamente.-

Ahora bien, no obstante lo expuesto, es de suma importancia desatacar lo expresado en el preámbulo de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, llevada a cabo en San José de Costa Rica, en cuanto dispone:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos...han convenido lo siguiente:

Art. 5 [Derecho a la integridad personal] -1.-Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.-

Art.11 [Protección de la Honra] – 1.-Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.- 2.-Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.- 3.-Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.-

²³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – IX Conferencia Internacional Americana – Bogotá – Colombia 1948 – Arts. I y V.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Art. 24 [Igualdad ante la ley] – Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derechos sin discriminación, a igual protección de la ley.²⁴.-

Así, siguiendo idéntica solución de entendimiento, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 26, expresa que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección ante la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²⁵.-

Finalmente, y dentro del amplio espectro de normas supra nacionales sobre derechos humanos que nuestro país ha suscripto, encontramos como complementarias a las ya descritas, las previsiones desarrolladas en el art. 2, parte II, 2º par., art. 3 y art. 5, 2º párr. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que literalmente establecen:

Art. 2 Parte II, 2º par.: Los estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²⁶.-

²⁴ Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – San José, Costa Rica, 22/11/1969.-

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Nueva York, Estados Unidos de América – 19/12/1966 – Art. 26.-

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Nueva York – Estados Unidos de América – 19/12/1966 – Art. 2, parte II, 2º par.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Art. 3. Los estados partes en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto²⁷.-

Art. 5, 2º par. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente pacto no los reconoce en menor grado²⁸.-

Siguiendo con el desarrollo del entramado normativo internacional respecto de los derechos y garantías reconocidas al ser humano por su condición de tal, es menester destacar, que aunque con inferior jerarquía que los convenios citados, pero de suma importancia, aparecen los convenios reconocidos por nuestra propia constitución mediante las previsiones establecidas por el art. 75 inc. 24, y que por tanto también conforman el espectro normativo que cumple las veces de sustento y fin del sucesivo ordenamiento interno. Entre ellas, se encuentra lo establecido la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mediante el Convenio numero Ciento Once (Nº 111), en cuanto elabora, en consonancia con las definiciones vertidas, su propio concepto referido a la materia discriminación laboral, del cual se desprende que:

...cualquier diferenciación, exclusión o preferencia fundada en razones de raza, sexo, religión, opiniones políticas, situación económica y social etc. que tenga por resultado la eliminación de igualdad de oportunidades de trato igualitario con relación al empleo o en el ejercicio de una profesión²⁹.-

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Nueva York – Estados Unidos de América – 19/12/1966 – Art. 3.-

²⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Nueva York – Estados Unidos de América – 19/12/1966 – Art. 5, 2º par.-

²⁹ Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) - Convenio Nº 111.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

En igual sentido se ha expresado la Declaración Laboral del Mercosur, en cuanto conceptualiza la prohibición de la discriminación de la siguiente manera:

Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos de trato y oportunidades en el empleo y ocupación sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo, orientación sexual, condición social, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica, etc.-

En relación a este último, ha dicho el profesor Toselli (2008), que "...de la mera lectura del texto mercosureño se desprende una diferenciación sustancial, por cuanto se exige un rol activo estatal y un claro derecho a peticionar de aquel trabajador que fuera víctima de la conducta disvaliosa". Tal expresión, acertada a mi juicio, no importa otra cosa que el reconocimiento del ordenamiento positivo frente al acto susceptible de reproche, por cuanto, determina las garantías de carácter inalienable respecto del individuo, y en segunda instancia, faculta el ejercicio por parte del Trabajador al reclamo frente a la comisión de un acto que atenta contra la dignidad misma de la persona, y que por ende, no puede resultar ajeno de control jurisdiccional.-

Así pues, se advierte con meridiana claridad que la problemática de la discriminación se presenta como una agresión, ataque o menoscabo a la noción, integralmente considerada, de derechos humanos, negando a personas o grupos colectivos, en forma aislada o sistemática, el disfrute, goce y desarrollo de los derechos más elementales de aquellos, adquiridos por el solo hecho de ser seres humanos, por razones de orientación sexual, cualidades fisonómicas, creencias políticas, etc, posicionando de este modo, a la o las víctimas, en una situación infrahumana y de ostensible vulnerabilidad. Situación ésta que encuentra amparo y efectivo resguardo, tanto en las previsiones de orden internacional como interno.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

b. Marco Normativo Interno

No obstante lo expuesto, ya en materia, referiremos someramente a ciertas garantías que encuentran sustento constitucional, a fin de comprender como nuestro ordenamiento jurídico responde ante el problema de la discriminación, para luego avocarnos en el aspecto estrictamente laboral de la mentada situación.

Ahora bien, la Constitución Nacional en su art. 16, reconoce a la igualdad de todos los ciudadanos como garantía individual frente a la ley. Esto significa que lo presenta como el fundamento del reproche que el ordenamiento jurídico dispone a los fines de evitar la discriminación en términos generales dentro de la comunidad en la cual nos desarrollamos.

Así, textualmente el Art. 16 C.N. expresa:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas³⁰.-

Importante resulta en este aspecto puntualizar, que el derecho laboral en su formulación positiva, contempla y advierte este tipo de problemáticas sociales, procurando incorporar operativamente las garantías contenidas en la Constitución.-

En conclusión, la igualdad consiste en que todos los habitantes del Estado sean tratados del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas condiciones y circunstancias; o expresado de otra manera, la igualdad exige el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas situaciones, de forma tal que – como lo sostiene la Corte Suprema – no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias (Zarini, 1999).-

³⁰ Sagues N. P. (1999) Elementos de Derecho Constitucional (3º Ed. Actualizada) Ciudad de Buenos Aires – Argentina.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Por su parte el art. 14 bis C.N. establece en su primera parte: “El trabajo en sus diversas formas gozara de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor...”³¹. Ello, encuentra directa correlación con las previsiones dispuestas en el art. 17 de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Así, adviértase pues, que la dignidad humana ocupa un lugar preponderante dentro del imperativo normativo sobre el cual se sustenta el sistema jurídico laboral argentino, estableciéndose en forma de condicionamiento a favor de los trabajadores situaciones “dignas y equitativas de labor” a fin de que este último se desempeñe y desarrolle como tal.-

En efecto, bien es sabida la importancia que el conjunto de artículos expresados reviste en materia de derechos garantizados a los trabajadores, siendo los elementos fundacionales en la construcción de la legislación laboral vigente. Ahora, interpretando desde una perspectiva amplia el articulado referido, esto es, arts. 14 bis CN, 16 CN, 31 CN y 75 inc. 22 y 24, puede advertirse el sistema de protección que el ordenamiento constitucional prevé frente a la eventual posibilidad de que se produzca un evento de naturaleza discriminatoria en materia laboral.-

Así pues, el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como el art. 16 CN y el art. 75 inc 22 y 24 CN, sirven de fundamento elemental para la sucesiva construcción de la norma positiva tendiente a regular en materia de discriminación laboral. Ello, siguiendo el entendimiento previsto en los arts. 28 y 31 de la CN, en cuanto disponen: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y “ Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su

³¹Art. 14 bis Constitución Nacional de la República Argentina.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación...”, respectivamente.³²

En razón de lo manifestado se advierte pues, que como fuera expresado, a partir de la reforma constitucional realizada en el año 1994 y por su intermedio, las modificaciones establecidas en el art. 75 inc. 22 y 24, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución Nacional. Es por ello, que se ha extendido, afianzado y ratificado respectivamente, el abanico de derechos debidamente garantizados a los ciudadanos integrantes de la nación, los que posteriormente son la base fundamental al ordenamiento positivo en la materia.

El referido artículo en sus respectivos incisos expresa:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...³³

Y seguidamente:

Aprobar los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supra estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...³⁴.-

c. Conclusiones Parciales

El capítulo que nos ocupa consta de una fisionomía meticulosamente organizada, tendiente a poner de manifiesto y desarrollar el marco constitucional, tanto a nivel internacional como

³² Arts. 28 y 31 Constitución Nacional de la República Argentina.-

³³ Art. 75 inc 22 Constitución Nacional de la República Argentina.-

³⁴ Art. 75 inc 24 Constitución Nacional de la República Argentina.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

interno, en relación a las garantías individuales referidas a la igualdad de los seres humanos y la prohibición de la discriminación.-

En efecto, del mismo surgen las bases, que dentro de un Estado de Derecho, seguidamente sustentan el posterior ordenamiento positivo dispuesto a fin de poner en práctica tales garantías, que quien suscribe pone en crisis, evidenciando las preocupaciones que surgen, producto de las inconsistencias resultantes de la mera comparación de aquellas con las normas positivas y, por intermedio de éstas últimas, con los sistemas dispuestos para prevenir, dejar sin efecto y resarcir los daños producto de un acto discriminatorio.-

Amén de lo expresado, resulta imperioso manifestar a quien suscribe, que el valor supremo de estas normas con carácter Constitucional, radica justamente en que constituyen el esqueleto sobre el que reposa el ordenamiento que a posterior se dispone a regular en materia de discriminación. Es por ello que, no obstante los caracteres particulares que de las mismas se pudieran desprender, y de las reservas que las mismas pudieran merecer, cumplen un rol fundamental dentro de la estructura jurídica dispuesta a fin de encuadrar la problemática en cuestión, y por lo tanto, en momento alguno pueden ser desatendidas tanto por el propio Estado como por los particulares. De otro modo nos encontraríamos frente a una incongruencia de orden sustancial en relación al carácter jerárquico que compone la estructura de un Estado de Derecho, lo que por consiguiente resultaría indefectiblemente en una situación de indefensión absoluta de los particulares. Ello, puesto que se encontrarían desvirtuadas las garantías individuales que legitiman la existencia misma del Estado de Derecho como lo conocemos.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPÍTULO III

COLISIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES – PREVALENCIA DE LAS GARANTÍAS QUE RESGUARDAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

a. Colisión de garantías Constitucionales.-

Bien es sabido que en el marco del abanico normativo de posibilidades que presentan tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales con igual jerarquía, resulta en forma aparente el hecho de que subsiste la posibilidad de que se encuentren garantizados derechos individuales, que en el caso específico, pueden resultar contrapuestos unos con otros. Esto es, que existan garantías constitucionales que puedan encontrarse reñidas y en pugna.-

En tal sentido y como nota preliminar al desarrollo que en lo sucesivo se presentará, corresponde advertir la posición adoptada desde antiguo por el alto Tribunal de la Nación tendiente a resolver este tipo de cuestiones.

Al respecto ha expresado que:

Es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás³⁵.-

De tal modo, y en pos de la hermenéutica elaborada, se desafecta sin más la tesis que plantea la contraposición antagónica e irreconciliable de preceptos constitucionales, resultando en efecto inexistente tal “supuesta” colisión de garantías reconocidas

³⁵ Idem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

constitucionalmente. Ello, por cuanto las mismas deben interpretarse en forma íntegra y unificada, y no como negadoras unas de otras o de un derecho o garantía diferente.-

Es menester destacar que la interpretación adoptada por el Alto Cuerpo Jurisdiccional de la Nación resulta una herramienta significativa en pos de una tendencia armonizadora de los preceptos constitucionales y en definitiva del valor mismo que la Constitución Nacional junto con los Tratados Internacionales con igual jerarquía detentan dentro de la estructura normativa que da forma al Estado de Derecho.-

En efecto, siguiendo esta línea de pensamiento, resulta contrario a toda lógica jurídica posible, pretender que una garantía reconocida constitucionalmente sea negadora de otra de igual jerarquía, puesto que de ser así se desvirtuaría el valor mismo de la Constitución integralmente considerada. Esto es, una unidad, un todo que no puede dividirse sin que su esencia sea destruida o alterada.

Esta circunstancia, así considerada, de acuerdo al entendimiento jurisprudencial elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se presenta como un imposible jurídico.-

b. Prevalencia de las garantías que resguardan los derechos fundamentales

No obstante lo expuesto en el apartado precedente, corresponde expresar que mas allá de la interpretación uniforme e integral que debe realizarse del amplio cuerpo constitucional, en pos de la armonización de los preceptos y garantías allí reconocidos, tal como lo entiende y ha sostenido en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta inocultable el hecho material, de que en el extenso abanico de normas constitucionales dispuestas tanto en la propia constitución como en los tratados internacionales con igual jerarquía, es posible que exista un supuesto de contraposición de preceptos. Así, deviene inevitable otro aspecto a considerar en la cuestión que se plantea como punto de partida de la

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

presente investigación, y es el análisis en relación a que subsista la posibilidad de una contraposición de preceptos constitucionales. Esto es, cuando se encuentran enfrentados derechos reconocidos y debidamente garantizados constitucionalmente.

En tal supuesto, resulta de suma importancia tomar en consideración algunas apreciaciones dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, en tanto nos orienta a reconocer la preponderancia de unos sobre otros. Así, el Alto Cuerpo Interamericano expresa: “Los derechos humanos representan valores superiores que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”³⁶.

Siguiendo tal entendimiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también ha expresado como razonamiento alternativo a la interpretación homogénea del cuerpo normativo constitucional, que:

Toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad con la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art.14 de la Ley Fundamental³⁷.

Así, en el supuesto de que se considere posible la contraposición de preceptos constitucionales, aquellos que se encuentren dentro del espectro de los denominados Derechos Fundamentales prevalecerán sobre los restantes, por el solo hecho de ser tales, en razón del valor superior que representan. En efecto, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

³⁶ Corte I.D.H., Sentencia Velásquez Rodríguez, del 29 de Julio de 1988, Serie C, N° 4.-

³⁷ Idem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

...una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de esta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia a dicha igualdad en escancia, intrínseca o inherente a aquellos...³⁸

De este modo se encuentra representado en el ordenamiento jurídico el valor supremo que la dignidad humana tiene dentro de la estructura social, primando frente a lo que a priori podría resultar un derecho de carácter patrimonial.-

Amén de lo expuesto, como nota relevante y en pos de una acabada comprensión del contenido del capítulo que nos ocupa, corresponde desatacar asimismo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha reconocido al Derecho del Trabajo como parte integrante del cumulo de Derechos Humanos que cada ser humano goza incondicionalmente por su sola condición de tal, circunstancia esta que se ve plasmada en el fallo “Aquino”³⁹.-

Siguiendo esta línea de entendimiento se destaca asimismo lo expresado por el alto cuerpo judicial en el fallo “Vizzotti”⁴⁰, en donde se reconoció que: “La Constitución Nacional asume el carácter de norma jurídica que, en cuanto reconoce los derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano...” (Palacio de Caeiro, 2015).-

³⁸ Ídem, p.7, Nota 5.-

³⁹ C.S.J.N. “Aquino c/ Cargo Servicios Industriales SA”, Fallos: 327:3753 (2004).-

⁴⁰ C.S.J.N., “Vizzotti c/ Amasa SA”, Fallos: 327:3677, (2004).-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Asimismo, la propia Corte en los fallos “Aquino”⁴¹, “Torrillo”⁴² y “Álvarez”⁴³, ha manifestado que el derecho a no ser discriminado es uno de los ejes principales que encuentra resguardo en la situación del Trabajador y su actividad personal, resultando inevitablemente involucrada su dignidad (Palacio de Caeiro, 2015).-

Ahora bien, todo ello, sumado al valor del principio “*Pro Homine*”⁴⁴, en virtud del cual como regla de interpretación de la Convención Americana, en el supuesto de aplicación de dos reglas distintas, prevalece la norma más favorable a la persona humana, resulta evidente que en caso de contraposición de dos preceptos constitucionales, debe prevalecer entre aquellos, el que sea más beneficioso a la persona (Palacio de Caeiro, 2015).-

c. Conclusiones Parciales

Es opinión del suscribiente, que no obstante la calificada interpretación que ha efectuado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a que el texto constitucional debe ser entendido como un conjunto armónico, inalterable e indivisible de normas, resulta posible que dos o más preceptos allí dispuestos puedan encontrarse reñidos o en pugna, debiendo establecerse algún sistema que determine cual o cuales deben prevalecer.

En tal sentido y ante este supuesto, resulta lógico entender que aquellos derechos denominados “Derechos Fundamentales”, que resultan inalienables a todo ser humano por su sola condición de tal, prevalezcan por sobre los restantes, en razón del valor superior que representan.

⁴¹Ídem, p.31, Nota 34.-

⁴² C.S.J.N., “Torrillo c/Gulf Oil Argentina SA y Ot”, Fallos: 332:709 (2009).-

⁴³ Ídem, p.7, Nota 5.-

⁴⁴ Cfr. Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003; La Colegiación obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Serie A N°. 5, Párr. 52. Caso Ricardo Canese v. Paraguay. Sentencia 31 de Agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 180.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

En efecto, comparto la idea interpretativa que entiende el carácter homogéneo e inalterable de los preceptos constitucionales so pena de desnaturalizar la esencia de la misma en caso de pretender una lógica de interpretación diferente.

No obstante ello, no se puede soslayar que, frente al supuesto de que exista la posibilidad de contraposición de garantías o derechos reconocidos constitucionalmente, prevalezcan unos sobre otros y, en tal caso, que sean los derechos humanos fundamentales los que se impongan por sobre los restantes.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL – LEY ANTIDISCRIMINACIÓN, LEY DE CONTRATOS DE TRABAJO, LEY DE ASOCIACIONES SINDICALES

a. Ley Antidiscriminación (23.592)

Siguiendo con la lógica de entendimiento establecida y ya habiendo podido instalar el fundamento, tanto de orden constitucional como internacional, en relación al resguardo de la dignidad humana y prohibición de discriminar, corresponde ahora abordar en materia específica las normas que el ordenamiento jurídico dispone a fin de efectivizar aquellos derechos y garantías desarrolladas en los textos superiores.

Es continuando con tal imperativo que nos disponemos a enunciar acabadamente el abanico de normas dispuesto en materia de discriminación laboral. Es justamente en razón de ello, que nuestro ordenamiento positivo incorporó en el año 1988, la Ley Antidiscriminación, mediante la sanción de la Ley 23.592, la que conceptualiza el fenómeno de la discriminación en términos generales y no estrictamente laborales. De igual manera y considerando ya superado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el debate de si corresponde su aplicación o no en el derecho laboral, la misma, es una herramienta fundamental para enfrentar la lucha contra la discriminación, entendiendo a la “No discriminación como un derecho humano fundamental”, posibilitando de este modo en forma optativa a quien haya padecido un acto discriminatorio a petitionar que aquel se deje sin efecto o en su defecto el cese en su realización, así como también la reparación por los daños que este haya podido causar (Akerman,2008).-

A este respecto el Profesor Machado sostiene que “no hay razón para excluir al trabajador del ámbito material de la aplicación de la Ley 23.592”. (Machado, 2008).-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Así también lo tiene dicho la jurisprudencia, en relación a la conveniencia de la aplicación o no de la Ley que referimos. Tal circunstancia quedo plasmada en el fallo dictado por el Juzgado N° 38 de la Provincia de Buenos Aires - Poder judicial de la Nación, mediante Sentencia N° 3532 en cuanto expone que:

Sostener que la ley 23592 contra toda forma de discriminación no resulta aplicable a las cuestiones laborales es una expresión antidemocrática y es en sí una expresión discriminatoria, en tanto persigue excluir a los trabajadores de derechos fundamentales de los que sí gozan todos los demás habitantes del país, a la vez que demuestra una forma arcaica y autoritaria del ejercicio del poder que se resiste a la apertura pacífica y democrática en que se deben desarrollar las relaciones y convivencias laborales en un Estado social de derecho⁴⁵.-

En igual sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque por razones de brevedad conviene remitirnos a los fundamentos expuestos en fallos relacionados a la materia, tales como: Arecco, Maximiliano c/ Praxiar Argentina SA s/ Juicio sumarísimo⁴⁶; Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA⁴⁷; Cejas Adrián Enrique c/ Fate SA s/ Juicio sumarísimo del 26 de Marzo del 2013⁴⁸, donde el Alto Tribunal de la Nación ha sentado precedente.-

A este respecto se ha referido también el Dr. Eduardo Álvarez, manifestando que “la norma transcripta, de carácter general y enfático, no presenta ningún elemento que permita interpretar, con fundamento razonable que no está llamada a regir cuando el acto discriminatorio es el despido...” (Álvarez, 2008).-

⁴⁵ Juz. Nac. Del Trabajo 1ª Inst. y 38 Nom., “Benítez Alfredo c/ Coto Centro Integral de Comercialización SA” (2007).-

⁴⁶ C.S.J.N., “Arecco c/ Praxiar Argentina SA”, Fallo: A. 590. XLIII. , (2011).-

⁴⁷ Ídem, p.7, Nota 5.-

⁴⁸ C.S.J.N., “Cejas Adrián Enrique c/ Fate SA”, Fallo: C.823.LXLVI, (2013).-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

En efecto, el art. 1 de la Ley 23.592 es de aplicación amplia y absolutamente compatible con la estructura laboral existente, ello en virtud de su carácter transversal al derecho en términos generales, y al valor de los principios que la respectiva norma resguarda. En tal sentido, el referido artículo textualmente reza:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos⁴⁹.-

Adviértase pues, que el mentado artículo expresa con suma claridad, en primer término y a modo descriptivo, un abanico de posibilidades a partir de las cuales se puede considerar un acto u omisión como discriminatorio. Así como también prevé la forma en que tal acto discriminatorio debe ser dejado sin efecto y consecuentemente reparado. En tal sentido, puede entenderse que constituye un marco estructural en caso de que se produzca el daño a un individuo producto de un acto u omisión discriminatoria.-

⁴⁹ Art. 1 Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

b. Ley de Contratos de Trabajo (20.744)

El presente cuerpo normativo fue desarrollado por el legislador con la finalidad de regular en términos generales las relaciones laborales dentro de la nación Argentina, más allá de las normas especiales dictadas o las convenciones colectivas que pudieren ser de aplicación en cada caso en particular. Es por ello que en la misma encontramos desarrollados los conceptos estructurales que dan forma al Derecho Laboral tal y como lo conocemos en la actualidad.-

Bien es sabido que la referida ley recepta la manda Constitucional tendiente a volver operativas las garantías allí reconocidas. En tal sentido, en el desarrollo de su articulado encontramos las previsiones que el legislador ha dispuesto respecto a la discriminación laboral y a su prohibición. Así, el art. 17 LCT expresa: “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”⁵⁰.

Por su parte, el art. 73 de la mentada normativa dispone: “El empleador no podrá durante la duración del contrato de trabajo o con vista a su disolución, obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales”⁵¹. Asimismo, en consonancia con los artículos expuestos, el art. 81 LCT, establece:

El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considera que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios del bien común, como el que se sustente en la mayor eficiencia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador⁵².-

⁵⁰ Art. 17 Ley 20.744 y modif.. Honorable Congreso de la Nación.-

⁵¹ Art. 73 Ley 20.744 y sus modif. Honorable Congreso de la Nación.-

⁵² Art. 81 Ley 20.744 y sus modif. Honorable Congreso de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Adviértase pues, el carácter meramente enunciativo de los postulados en el conjunto de normas que hacen a la prohibición de la discriminación. En efecto, resulta evidente el espíritu de la norma, en tanto, no quedan dudas de que la misma "...prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad".-

Ahora bien, más allá del espíritu prohibitivo de la misma, que se halla en consonancia con las previsiones tanto constitucionales como internacionales en la materia, no surge de su letra, sanción alguna para que quien cometa el incumplimiento de la norma, violando tanto la ley como las garantías individuales más elementales del trabajador, sea condenado y de este modo disuadido a cometer en lo futuro nuevamente la misma violación. De hecho, en términos generales, tampoco se advierte pues, que la mentada legislación refiera específicamente en relación a la reparación del derecho vulnerado a la víctima.-

No obstante lo expuesto, cabe expresar que existen casos particulares en que el legislador, dentro del referido cuerpo normativo, ha dispuesto expresamente tanto su composición como la sanción frente al incumplimiento. Tales son los casos de las situaciones de embarazo y matrimonio.

En efecto, el Art. 178 LCT expresa:

Presunción por embarazo.- 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 (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley⁵³.

Por su parte disponen los Arts. 180 y 181 LCT: “Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio”⁵⁴.-

Y a continuación:

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, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados⁵⁵.-

Finalmente el Art. 182 LCT establece una indemnización tarifada de antemano, que deberá abonarse a quien incumpliere con la manda legal, disponiendo para tales casos los siguiente: “En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245”⁵⁶.

Puede advertirse en definitiva del desarrollo del capítulo en estudio, que si bien se encuentra debidamente prohibido cualquier acto u omisión que implique discriminación alguna dirigida a un trabajador, solo en casos específicos, el legislador ha establecido directamente una sanción frente a la comisión de la conducta discriminatoria. En los restantes

⁵³ Art. 178 Ley 20.744 y sus modif. Honorable Congreso de la Nación.-

⁵⁴ Art. 180 Ley 20.744 y sus modif. Honorable Congreso de la Nación.-

⁵⁵ Art. 181 Ley 20.744 y sus modif. Honorable Congreso de la Nación.-

⁵⁶ Art. 182 Ley 20.744 y sus modif. Honorable Congreso de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

casos, la ley simplemente se encarga de enunciar, a modo descriptivo, la prohibición de discriminar. Tal circunstancia por sí sola, evidencia la ineficacia de la norma frente a una posible situación de discriminación laboral.-

No obstante ello, es de advertir que en los supuestos en que la propia ley ha especificado una sanción determinada, diferente y más gravosa, tales como pueden ser los casos de discriminación por embarazo o matrimonio, la norma simplemente ha utilizado como único mecanismo reparador del hecho dañoso padecido por el trabajador (víctima), la implementación de un agravante a la indemnización prevista para el despido sin causa establecida en el art. 245 LCT.-

En tal caso, entiéndase bien, la legislación vigente expresamente establece para el supuesto de discriminación por embarazo o matrimonio, un agravante en relación con la indemnización tarifada prevista por aquella para el supuesto del despido sin causa.-

Ahora bien, tal situación atenta en forma directa y violenta contra las garantías constitucionales y que provengan de tratados internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que implícitamente “*autoriza*” a aquellos sujetos capaces de pagar el agravante indemnizatorio previsto para los casos de discriminación, puedan hacerlo, desconociendo de este modo el valor de la dignidad humana reconocida y garantizada a cualquier ser humano por su sola condición de tal.-

Asimismo desconoce el valor ontológico de la norma tendiente a resguardar la dignidad del ser humano por ser esta un aspecto inalienable del mismo.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

c. Ley de Asociaciones Sindicales (23.551)

Dentro de nuestro ordenamiento positivo, encontramos también en la Ley de Asociaciones Sindicales como se presenta receptada la manda constitucional que establece la protección contra la discriminación en un aspecto específico de la materia laboral.-

En efecto, en su Artículo 7º, la referida norma dispone: “Las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados”⁵⁷.-

De tal suerte, la interpretación amplia del resguardo previsto encuentra correlación directa con las propias previsiones establecidas, tanto en la ley de Contratos de Trabajo como en la Ley Antidiscriminación, siendo el fundamento que hace a su identidad el valor supremo de los preceptos constitucionales que postulan como de carácter preponderante el derecho a no ser discriminado y a la dignidad humana.-

No obstante lo expuesto, un dato destacado respecto de la presente legislación respecto de las restantes referidas en el párrafo anterior, reside en que la Ley de Asociaciones Sindicales, se encuentra previsto con carácter específico que resultando de la violación, por parte del empleador, de las garantías reconocidas por la propia Ley en los arts. 40, 48 y 50, el damnificado puede demandar judicialmente, vía sumarísima la reinstalación de su puesto de trabajo, con mas los salarios caídos.-

Tal situación encuentra directa correlación con las previsiones reconocidas tanto en el texto constitucional como en los tratados internacionales con igual jerarquía, así como en los tratados de inferior jerarquía pero con supremacía a las Leyes Nacionales, como pueden los

⁵⁷ Art. 7, Ley 23.551. Honorable Congreso de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

que provengan de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) o La Declaración Laboral del Mercosur.-

A criterio del suscribiente, el desarrollo y descripción del articulado en esos términos y planteando como efecto sancionatorio al acto discriminatorio efectuado por el empleador, por violentar la libertad sindical constitucionalmente garantizada, resulta un acierto. Ello, en razón de mantener una lógica coherente y de respeto vertical a un precepto supremo, dentro de un ordenamiento que por momentos pareciera desatender sus fines, así como olvidar el valor jerárquico de los preceptos constitucionales que dan forma a un Estado de Derecho.-

Expresamente el artículo 52 L.A.S. establece:

Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47. El juez o tribunal interviniente, a pedido el empleador, dentro del plazo de cinco (5) días podrá disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o en mantenimiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa. **La violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.** Si se decidiere la reinstalación, el juez podrá aplicar al empleador que no cumpliera con la decisión firme, las

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

disposiciones del artículo 666 bis del Código Civil, durante el período de vigencia de su estabilidad. El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior. Si el trabajador fuese un candidato no electo tendrá derecho a percibir, además de las indemnizaciones y de las remuneraciones imputables al período de estabilidad aún no agotado, el importe de un año más de remuneraciones. La promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo a las que refieren los párrafos anteriores interrumpe la prescripción de las acciones por cobro de indemnización y salarios caídos allí previstas. El curso de la prescripción comenzará una vez que recayere pronunciamiento firme en cualquiera de los supuestos (El resaltado me pertenece)⁵⁸.-

d. Conclusiones Parciales

Resulta del presente capítulo la exposición de los diferentes cuerpos normativos dispuestos por el legislador a fin de poder identificar y regular en materia de discriminación laboral.

En tal sentido, se presentaron las distintas alternativas que el propio ordenamiento dispone.-

En efecto, cabe destacar que surge de la letra y espíritu de las leyes expuestas, que todas resguardan el valor del derecho a la igualdad y no discriminación. Cada una de ellas con sus

⁵⁸ Art. 52, Ley 23.551. Honorable Congreso de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

caracteres y cualidades particulares. Ello, en consonancia con las garantías fundamentales que rigen en la materia.

No obstante lo expresado, es imposible desatender que todas se encuentran enfocadas, dada su naturaleza, desde diferentes ángulos y plantean sistemas de reparación bien diferenciados.-

De igual manera, y tal como fuera expuesto en el presente capítulo, resulta importante referir al carácter complementario que tanto la Ley Antidiscriminación y la Ley de Contratos de Trabajo tienen.-

Ahora bien, es opinión de quien suscribe, que dentro de este abanico de posibilidades normativas y los sistemas de reparación que disponen, se presentan algunas inconsistencias, susceptibles de ser cuestionables, que serán atendidas minuciosamente en el capítulo siguiente – Capítulo V, apartado b - , así como de ellas con la Constitución Nacional y Tratados con igual jerarquía.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPITULO V

DESARROLLO CRÍTICO EN RELACION A LEGISLACION POSITIVA

IMPERANTE EN MATERIA DE DISCRIMINACION

a. Carácter complementario de la Ley Antidiscriminación y la Ley de Contratos de Trabajo

La Ley Antidiscriminación, tal y como la conocemos, vino a complementar el espectro legal que en la materia se imponía. Ello, por cuanto, en primer término conceptualiza, en modo amplio, general y meramente descriptivo, la discriminación. Es decir, las circunstancias sobre las cuales recaerán los efectos que la presente ley establece, y en segundo término, porque instala un sistema de reparación, a pedido del damnificado⁵⁹, dispuesto a fin de que el acto u omisión discriminatoria⁶⁰ cese en su desarrollo, así como la facultad por parte del damnificado de reclamar los daños y perjuicios que la situación discriminatoria hubiera podido producirle.-

En tal sentido, y habiendo advertido en extenso a estas alturas, que tanto doctrina como jurisprudencia, han superado holgadamente la discusión sobre si la ley antidiscriminación es materia aplicable en el ámbito del derecho laboral, es importante destacar que igualmente resulta imposible soslayar la circunstancia de que el sistema de reparación planteado en la presente ley colisiona de algún modo con las previsiones que en materia de discriminación laboral se encontraban vigentes. Así, adviértase pues, por ejemplo, que la Ley de Contratos de Trabajo (Nro. 20.744) refiere a la problemática de la discriminación dentro del espectro normativo que su cuerpo comprende, en modo meramente enunciativo, esto es, sin volver operativa sanción alguna tendiente al efectivo cumplimiento de la prohibición que enuncia, ni disponiendo la finalidad reparadora en pos del damnificado.-

⁵⁹Art. 1 Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación.-

⁶⁰Ibidem.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Así lo ha interpretado también el Dr. Gabriel Tosto (2010) cuando expresa:

El lenguaje de la igualdad es frecuente en el discurso jurídico laboral. La presunción de igualdad entre los trabajadores constituye una verdad aparentemente obvia, y la aspiración de que sean tratados de igual modo en identidad de situaciones, un mandato reiteradamente sostenido. No obstante, el concepto de igualdad de trato no está exento de una serie de ambigüedades, tanto conceptuales como normativas, que dificultan tomar decisiones prácticas consistentes.-

En efecto, y adentrándonos en el análisis práctico de lo hasta ahora desarrollado, el Art. 17 LCT expresa: “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”⁶⁰.

Adviértase que como fuera expuesto, si bien se encuentra dentro de la prescripción del artículo referido la prohibición expresa a cualquier tipo de discriminación, no se especifica sanción alguna frente al incumplimiento de dicha prohibición, lo que en definitiva deviene en virtual la garantía constitucional que prevé la igualdad entre los ciudadanos de la nación y el derecho a la no discriminación íntimamente ligado a la dignidad humana misma, que ostenta y debería detentar cualquier ser humano por su condición de tal.-

En consonancia con ello, el art. 73 de la mentada normativa dispone: “El empleador no podrá durante la duración del contrato de trabajo o con vista a su disolución, obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales”⁶¹, para luego, mediante el art. 81 LCT, establecer:

El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considera que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero

⁶¹ Idem, p. 36, Nota 46.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

no cuando el diferente tratamiento responda a principios del bien común, como el que se sustente en la mayor eficiencia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador⁶².-

Así pues, resulta evidente del desarrollo del articulado expresado el valioso carácter sustancial en relación al espíritu de la norma, al tiempo en que se advierte con suma facilidad la carencia del aspecto operativo de los respectivos artículos, tornando abstractos los derechos que pretenden garantizar.-

En tal sentido buena parte de la doctrina ha entendido:

La discriminación es un denominador muy común en la sociedad humana, como ser discrecional, discrimina, elige y ello es parte del uso del raciocinio que lo distingue del resto de las especies; pero en distintas ocasiones este tipo de “elección” se realiza en forma abusiva, por ello se entiende que todos aquellos hechos que impliquen un menoscabo a la dignidad humana importaran un acto discriminatorio.-

En particular se castiga así a la discriminación arbitraria, irrazonable, cuando por las condiciones en que obro el empleador se presume su conducta se debió a motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, orientación sexual, salud, edad o condición social del trabajador. Discriminar entonces en el amplio sentido que puede darse a la norma consiste en separar o dar un trato de inferioridad a un trabajador por los motivos explícitos en la propia ley.-

El texto legal prohíbe toda conducta discriminatoria del principal en forma terminante. Este artículo en verdad no hace más que plasmar principios ya consagrados en convenciones internacionales, como, por ejemplo, lo dispuesto

⁶² Ídem, p. 36, Nota 47.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948 y deja a criterio del intérprete la calificación final sobre la situación en crisis.-

La prohibición legal es amplia y no contiene definiciones, con lo cual la labor de los operadores jurídicos como el abogado y el juez, se verá orientada en el primer caso, a probar el trato discriminatorio; y en el segundo, a aplicar la técnica interpretativa que le permita inferir la real intención del dador de trabajo, y la aplicación o no de otras normas propias “antidiscriminatorias” en concordancia con las leyes laborales.-

El artículo 17 no contiene definición alguna, pero existe una normativa específica orientada a esta clase de tratos sociales y laborales y también se cuenta con una verdadera exposición de casos judiciales orientativos.-

Tenemos en cuenta que se puede discriminar por acción u omisión a través de numerosas conductas del empleador, cuya casuística (advertimos) no resulta más esclarecedora que los ejemplos que abundan en la doctrina y que van desde la mejora o plus salarial a favor de un trabajador en desmedro de otro; hasta la imposición de sanciones más severas a un dependiente por alguno de los motivos aludidos en la norma.-

Resultan comunes los casos donde un trabajador por motivos de raza no es promocionado o se le otorgan tareas inadecuadas o no acordes a su capacidad o escalafón. La reticencia a contratar mujeres, o el goce de un salario menor debido a sus sexo, también es (para cierta doctrina) un caso repetido de discriminación; se discrimina también cuando una empresa solamente contrata hombres, busca “recortar” personal femenino circulando rumores de reestructuración, fusión o venta del emprendimiento comercial o la factoría; se discrimina imponiendo cargas de horas extras a cierto personal; dando cursos

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

internos donde los empleados deben estudiar y cumplir una reglamentación particular que impone sumisión y exalta una mala competitividad entre empleados, o también cuando acosa a una parte del personal (Tosto, 2010).-

De lo expresado, adviértase pues el carácter complementario de las normativas en cuestión, ello a los fines de abordar debidamente la problemática de la discriminación laboral.-

En efecto, la puesta en práctica de la Ley Antidiscriminación ha resultado un fenómeno jurídico sumamente exitoso si se toma en cuenta las carencias referidas de la Ley de Contratos de Trabajo para regular en la materia.-

b. Crítica al Sistema de Indemnización Tarifado

De lo desarrollado en el conjunto de capítulos precedentes, puede advertirse que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad humana y por ende el derecho a no ser discriminado, reviste un valor supremo, resultando de ello que se presenta como un derecho personalísimo de carácter extra patrimonial. Cabe destacar como nota medular, que el mismo es un Derecho Humano Fundamental que se encuentra debidamente garantizado tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional como quedó expresado oportunamente.

En tal sentido, y en razón de ser un derecho fundamental, el mismo prevalece frente a los denominados derechos de carácter patrimonial, siendo el fundamento de tal supremacía justamente el hecho de que el derecho a no ser discriminado es inescindible a la dignidad humana y esta última encuentra un lugar de preponderancia dentro de nuestro ordenamiento positivo.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Siendo ello así y siguiendo tal entendimiento, entonces corresponde cuestionarnos a estas alturas si es que la normativa actual cumple con la función de velar, por un lado con el deber de resguardar las potenciales acciones que impliquen discriminación, ya sea que estas provengan del propio Estado como de los particulares, y si en efecto se encuentra en condiciones de revertir, modificar o hacer cesar las conductas discriminatorias existentes, para luego finalmente analizar si el sistema de indemnización tarifada previsto en materia laboral respeta el valor ontológico de las garantías que debe resguardar.-

Así pues, resulta inevitable el cuestionamiento respecto de si el sistema indemnizatorio previsto en el derecho del trabajo se presenta adecuado a fin de tornar operativas las garantías ante dichas y en efecto procurar el cumplimiento de las mismas.

Tal circunstancia resulta de la comprensión de que si el derecho a no ser discriminado detenta un posicionamiento preponderante dentro de nuestro ordenamiento, y de este modo prevalece por sobre las garantías constitucionales de carácter patrimonial, ¿Cómo se puede pretender resarcir el daño producto del acto discriminatorio, en este caso el despido, con una simple indemnización económica agravada, y en tal caso, si esta indemnización es el único medio mediante el cual se cumpliría la función de reparación del daño causado?

Al mismo tiempo nos interrogamos si la indemnización cumple con el aspecto sancionatorio que la norma debería imponer a quien comente el acto de discriminar.

Tales circunstancias surgen en razón de que, como fuera expuesto en el apartado “b” del capítulo precedente, la Ley de Contratos de Trabajo, no sanciona el acto discriminatorio, encargándose simplemente de prohibirlo, y que si bien en la actualidad se encuentra ampliamente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la implementación de la Ley Antidiscriminación en el fuero laboral, es común encontrar en los fallos de los Tribunales laborales, tanto Provinciales como Nacionales, una suerte de solución intermedia

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

que consiste en aplicar por analogía al acto discriminatorio la sanción prevista en el art. 182 LCT, que supone el agravamiento de la indemnización prevista en el art. 245 LCT.

Que tal solución, encuentra su génesis en el voto en disidencia desarrollado en el mentado fallo Álvarez, elaborado por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, la Dra. Elena I. Higton de Nolasco y la Dra. Carmen M. Argibay.-

Del mismo se desprende algunos apartados de relevancia estrechamente relacionados con el objeto de nuestra investigación:

...este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad- a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido...⁶³.-

Luego continúa expresando:

En lo que atañe a este tipo de actos adoptados en el ámbito laboral es menester distinguir entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vinculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea

⁶³ Ídem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

la controversia que el recurrente trae a consideración del tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador⁶⁴.-

Finalmente se concluye con el desarrollo argumentando que:

Ahora, ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudir a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182 respectivamente) a los que se ha hecho ya referencia, resulta a criterio de este Tribunal- la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego⁶⁵.-

De lo expuesto, resulta evidente la falla de un sistema que aún no acaba de amalgamarse y que a fin de cuentas acaba por desvirtuar o cuando menos desatender, la finalidad de las normas fundamentales garantizadas por el texto Constitucional y los Tratados Internacionales de igual jerarquía.-

En efecto, el sistema instalado hasta el momento en la materia quizás no se presenta adecuado o apropiado para efectivizar tanto los derechos como las garantías dispuestas por la carta magna, al tiempo que resulta inevitable el planteo de una serie de interrogantes que no encontrarían respuesta, tales como: ¿Es posible “*patrimonializar*” los derechos personalísimos? ¿Cómo se cuantifican? ¿No estaríamos ante una autorización implícita para

⁶⁴ *Ibíd.*-

⁶⁵ *Ibíd.*-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

discriminar? ¿Tiene precio la dignidad humana? ¿Tal circunstancia no se presenta como una suerte de justificación para que quienes se encuentren en condiciones económicas de pagar la indemnización prevista puedan discriminar? ¿No es posible que el supuesto expuesto desvirtúe el valor ontológico de las garantías constitucionales y tratados internacionales, previstos para tales fines? En definitiva, ¿No resulta una contradicción, pretender que una indemnización de antemano tarifada, sin importar su cuantía, se presente como el mejor remedio al reproche que el ordenamiento dispone contra el acto discriminatorio? Más aún, a sabiendas del valor supremo que tiene el derecho a no ser discriminado dentro nuestro ordenamiento. ¿De este modo, no se estaría desconociendo quizás, el efectivo daño producido sobre aquel que ha sido discriminado? ¿No resultaría asimismo contradictorio que el sistema dispuesto para reparar el potencial hecho discriminatorio, simplemente se encargara de ponerle un precio, desconociendo los fines y valores de las normas que debe resguardar?

Al respecto, debe recordarse lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la reparación de daños que atenten o violen Derechos Humanos⁶⁶, en cuanto destaca el valor preponderante que cobra el daño al proyecto de vida que no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, sino que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (Saracho Cornet, 2015).-

Es en relación a ello que lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por voto de la mayoría, en la causa Álvarez Maximiliano y Ot c/ Cencosud SA, resulta de suma importancia.

⁶⁶ Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo Vs Perú, Reparaciones y costas (artículo 63.1 CADH), Sentencia de 27-11-98, Serie C n° 42.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Ello pues, que una vez configurado el acto discriminatorio y habiéndose de este modo vulnerando tanto los preceptos constitucionales como de Tratados Internacionales con igual jerarquía dispuestos a tal fin, siguiendo con la hermenéutica dispuesta en los principios de “Progresividad” y “Pro Homine”, y siendo de aplicación la ley Antidiscriminación en razón de ser la herramienta jurídica dispuesta en la materia, resulta lógico, por lo menos en la actualidad, entender de modo inequívoco que la consecuencia jurídica directa frente a la comisión de aquel acto discriminatorio, resulta la reinstalación del sujeto discriminado con mas la reparación de los daños y perjuicios que este haya padecido, tal y como la norma lo expresa.-

En tal supuesto, pretender reparar el daño sufrido por un sujeto discriminado con la simple indemnización agravada dispuesta por la Ley de Contratos de Trabajo, sin atender acabadamente al daño que este puede haber padecido y a los efectos mismos de aquel, resultaría en primera instancia contradictorio con las normas Constitucionales previstas, así como una suerte de contra sentido de la finalidad de las mismas. Puesto que se presentaría el absurdo de pensar que la norma prohíbe la discriminación, pero si habiendo sido cometido el acto discriminatorio, indemnizáramos al sujeto damnificado con el plus correspondiente, entonces el supuesto de conflicto quedaría resuelto, desatendiéndose de este modo, el valor de la dignidad humana, ampliamente reconocido y consagrado constitucionalmente.-

No abunda reiterarlo, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra en la actualidad consagrado en su máxima expresión como perteneciente al “*ius cogens*”, acarreando consecuentemente obligaciones “*erga omnes*” que son aplicables tanto a los Estados como a los particulares.

En efecto, tal supuesto impone a estos por un lado, la obligación de abstenerse de realizar acciones que potencien posibles situaciones de discriminación, y por otro, exige a los Estados medidas positivas tendientes a revertir o modificar situaciones discriminatorias existentes.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

De esto último se colige pues, que ello implica un deber especial respecto de prácticas realizadas por terceros que favorezcan situaciones discriminatorias. Ello así, por cuanto son los propios Estados quienes determinan su ordenamiento jurídico, el cual a su vez, regula en el marco del derecho interno las relaciones entre los particulares.-

De la exegesis de tal entendimiento se desprende pues, que la exigencia orientada al respeto de los derechos humanos recae tanto sobre los particulares como de los Estados.

Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto expresa:

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del jus cogens revela, desde otra fuente, que este se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse⁶⁷.-

En este sentido de ideas, resulta sumamente preocupante observar que puede ser de aplicación en un supuesto de discriminación laboral, un sistema que de antemano tarife el hecho discriminatorio, puesto que de este modo el Estado no estaría cumpliendo con su deber de garantizar debidamente la prohibición contra la discriminación, así como además estaría permitiendo que un tercero pueda cometer un acto discriminatorio solo por el hecho de poder pagar la tarifa dispuesta por el sistema.-

A mi criterio, resulta absurda y perversa la lógica de este sistema que incluso se podría pensar como discriminatorio para aquellos sujetos que quisieran discriminar a un tercero pero que no se encontraran en condiciones de poder pagar la indemnización prevista por la norma de ante mano. Es decir, no solo que la norma no cumple con su finalidad de prohibir la

⁶⁷ Ídem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

discriminación como se supone debería hacer, sino que solo pueden discriminar aquellos dispuestos o en condiciones de pagar la indemnización agravada que el propio sistema pretende aplicar en tales supuestos.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en el mentado fallo de Álvarez que:

...el Principio de igualdad y prohibición de la discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al - jus cogens, - puesto que sobre el descansa todo el andamiaje jurídico del orden publico nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico -. Así, por su carácter – imperativo-, rige en el derecho internacional general-, en cuanto es aplicable a todo Estado...El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de – medidas positivas – para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un -deber especial- de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta ultima perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola la normas -perentorias- del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, 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. En cuanto a los particulares, el mentado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos inter privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la Teoría del Drittwirkung, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores...⁶⁸.-

c. Conclusiones Parciales

En el presente capítulo se ha analizado en primer término, el carácter complementario de las normas dispuestas en materia de discriminación laboral.-

Cabe destacar en este sentido, que a mi modesto entender, y en consonancia con lo expresado tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia especializada, el valor preponderante que ha adquirido la Ley Antidiscriminación en materia laboral, como complementaria de las previsiones dispuestas por la Ley de Contratos de Trabajo, ha resultado un fenómeno jurídico de sumo éxito a fin de abordar debidamente la problemática de la discriminación laboral.-

⁶⁸Ídem, p.7, Nota 5.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

No obstante ello, no resulta a mi criterio una herramienta jurídica lo suficientemente desarrollada como para dar una respuesta íntegra a la compleja problemática que se dispone regular.

Amén de lo expresado, y más allá de las salvedades o críticas que puedan efectuarse a la misma, no puede desatenderse el indudable valor que ésta ha representado en la práctica, en pos de resguardar el derecho a no ser discriminado y a la dignidad misma del Ser Humano.-

Ahora bien, en segundo término, se ha desarrollado también en el presente capítulo una crítica pormenorizada al Sistema de Indemnización Tarifada dispuesto por la Ley de Contratos de Trabajo.-

En este sentido, es opinión del autor, que resulta sumamente preocupante observar que sea de aplicación en un supuesto de discriminación laboral, un sistema que de antemano tarife el hecho discriminatorio, puesto que de este modo el Estado no estaría cumpliendo con su deber de garantizar debidamente la prohibición de la discriminación, así como además estaría permitiendo que un tercero pueda cometer un acto discriminatorio sólo por el hecho de poder pagar la tarifa dispuesta por el sistema.-

En efecto, desde la perspectiva adoptada por mí a la hora de realizar la presente investigación, resulta incongruente el sistema utilizado por la legislación vigente en relación con las garantías que pretende resguardar. Ello, en razón de que considero que desatiende el valor de las mismas, al pretender cuantificar de ante mano el daño padecido por el sujeto discriminado.-

Es por ello, que entiendo que pretender reparar el daño sufrido producto de un hecho discriminatorio con la simple indemnización agravada dispuesta por la Ley de Contratos de Trabajo, resultaría contradictorio con las normas Constitucionales dispuestas a fin de resguardar tanto la dignidad del ser humano como el derecho a no ser discriminado. Por otra parte y en consecuencia de la lógica expresada en la crítica que formulo, advierto que la

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

circunstancia manifestada se presentaría como una suerte de contra sentido respecto de la finalidad de aquellas garantías reconocidas. Ello, en razón de que la propia norma que prohíbe la discriminación la justificaría en el caso de que se indemnizara al sujeto damnificado con el plus correspondiente, desatendiéndose de este modo, el valor de la dignidad humana, ampliamente reconocido y consagrado constitucionalmente.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPITULO VI

DERECHOS PERSONALÍSIMOS, DIGNIDAD HUMANA Y SISTEMA DE PREVENCIÓN Y RESARCIMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.-

a. Concepto.-

Los derechos Personalísimos son considerados por la doctrina mayoritaria como un conjunto de derechos que acompañan al ser humano desde su nacimiento y durante toda su vida, sin los cuales este no podría desarrollarse, puesto que su privación importaría sin más el aniquilamiento de su propia personalidad. En efecto, estos hacen a la esencia misma del ser humano.-

En tal sentido de ideas, el profesor Rivera Julio C. (2010) ha expresado: “Los derechos personalísimos o de la personalidad constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral”.-

Es dable mencionar que entre los mismos encontramos el derecho a la vida, a la imagen, a la honra, a la integridad física, a la dignidad, etc., haciendo especial hincapié en la investigación que nos ocupa, en aquellos relacionados con la dignidad humana.-

Ahora bien, del concepto vertido previamente, entiéndase que los mismos, son derechos esenciales e inalienables de la persona humana, por su sola condición de tal, razón por lo cual el ordenamiento jurídico integralmente comprendido ha previsto su resguardo resaltando y reconociendo el valor fundamental de los mismos.-

Tal circunstancia surge y queda claramente evidenciada de lo expuesto tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales con igual jerarquía.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

b. Reconocimiento en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

Respecto del reconocimiento normativo de los derechos de la personalidad, los mismos se encuentran debidamente consagrados en el Libro Primero, Título I, Capítulo 3 de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

En efecto, el art. 51 del Cód. Civ. y Com. expresa: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”⁶⁹.-

Tal aspecto no resulta otra cosa que la recepción y readecuación en el marco del nuevo Código Civil y Comercia de la Nación, de las corrientes que resaltan el valor imperioso y sobresaliente de los derechos fundamentales, consagrados tanto en los Tratados Internacionales como en la propia Constitución Nacional.

De este modo se hace expreso el reconocimiento de los derechos de la personalidad, postulándose asimismo los mecanismos de prevención y reparación para el supuesto de un daño a aquellos.-

c. Aproximación al concepto de dignidad humana.-

Como bien es sabido el ser humano es causa y fin de todo el entramado jurídico tal y como lo conocemos, ello en razón de ser el propio ser humano, como ser individual y social, el destinatario del conjunto de normas reguladoras que componen en sí mismo el ordenamiento.-

En efecto, el Estado de Derecho como entidad jurídica organizada, es una abstracción intelectual, una construcción jurídica, ficticia, elaborada por el propio ser humano tendiente a regular tanto las relaciones entre los particulares, de estos con aquel y finalmente de él mismo con otros Estados. Ello mediante las instituciones creadas a tales fines y las normas dispuestas para el cumplimiento de aquella finalidad original.-

⁶⁹ Art. 51 Cód. Civ. y Com. De la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

De este modo y en resumidísimas cuentas, puede entenderse que el ser humano resigna ciertas libertades a esta entidad intelectual en pos de la seguridad y organización que la comunidad debidamente organizada le garantiza, viéndose sometida de este modo al poder de imperio que este detenta y en lo sucesivo a las pautas de conducta rectoras que este dispone a fin de construir la estructura estatal.-

En este contexto de ideas entiéndase entonces, que el ser humano es causa y fin del propio ordenamiento al cual le otorga existencia.-

De lo dicho se coligue pues, que:

El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo – mas allá de su naturaleza trascendente – su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental⁷⁰.-

Ahora bien, siendo la dignidad humana el derecho de cada ser humano de ser reconocido, respetado y valorado por sus características, tanto individuales como sociales, por el solo hecho de ser humano, sin importar sus cualidades particulares, y siendo que la misma es inalienable de la propia persona, resulta un carácter de elemental importancia en la estructura normativa de los Estados. Ello, en atención a que, como fuera expuesto, el ser humano es causa y fin de todo el ordenamiento jurídico.-

Tal circunstancia se ve plasmada en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto expresa: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...⁷¹”

⁷⁰Ídem, p.7, Nota 5.-

⁷¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Edición especial, 1948 – 2008.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

En tal sentido de ideas, los textos internacionales con jerarquía constitucional han sido explícitos en reconocer la importancia de la dignidad, en tanto parte fundamental del ser humano, tal y como fuera expuesto en el capítulo correspondiente.

Por otra parte, si bien no surge expresamente del texto constitucional una garantía específica en donde sea reconocida expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sido pacíficas al interpretar que tal circunstancia debe ser entendida en consonancia con lo dispuesto por el art. 33 CN, en cuanto expresa: “Las declaración, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados...”⁷²

Así, el nuevo Código Civil sancionado en nuestro país, encuentra a la dignidad humana como fuente de los derechos humanos. Adviértase pues que el comentario del art. 51 Cod. Civ. y Com. Expresa:

...se considera a la dignidad como la fuente, el fundamento y el sustrato, en el que se asientan y desde la que derivan todos los derechos humanos. Es precisamente la conexión de un derecho con la dignidad humana la que lo convierte en derecho fundamental.

La dignidad es algo sustancial. Ella es tan sustancial e inalienable que nadie puede ser esclavo, ni siquiera por voluntad propia o por contrato. De ninguna manera podemos perderla...⁷³.-

En efecto, el valor fundamental que la dignidad constituye para el ser humano resulta de su la propia existencia, tratándose de este modo los derechos que de ella provengan de vital importancia para el desarrollo de la vida del ser humano.-

⁷² Art. 33 Constitución Nacional de la República Argentina.-

⁷³ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Comentario art. 51, 126.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

De tal suerte se comprende así que tales derechos sean extra patrimoniales, indisponibles o relativamente indisponibles, puesto que acompañan a la persona a través de su existencia.⁷⁴

La inviolabilidad de la dignidad de la persona humana es una garantía que posibilita a todo el mundo, incluso a los interesados, el establecimiento de restricciones a su significado y alcance. La libertad y la dignidad pertenecen a la esfera de lo no negociable, de lo que esta fuera del mercado⁷⁵.-

d. Sistema de Prevención y Reparación de Daños de Derechos Personalísimos.-

Nuestro ordenamiento jurídico, en materia de derechos personalísimos, ha receptado las nuevas corrientes doctrinarias que plantean la necesidad de un sistema de reparación integral en pos del cuidado y salvaguardo de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad del ser humano. Ello, en virtud de considerar a aquel como eje y centro de todo el ordenamiento jurídico.

En tal sentido y previo a avocarnos en el concepto de reparación específicamente, nos permitiremos exponer y desarrollar brevemente tanto el concepto como el contenido del “Daño”, presupuesto ineludible para que opere aquella.-

Así, ha expresado la Dra. Saracho Cornet (2015), que el art. 1.737 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, conceptualizó al daño como la lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva⁷⁶.-

Por su parte, De la Fuente (1987) ha señalado que aquel resulta sinónimo de vocablos tales como “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, comprendiendo en modo amplio estas situaciones un perjuicio que haya sido causado por un hecho humano o natural,

⁷⁴ Código Civil y Comercial de la Nación Comentados, Comentario art. 51.-

⁷⁵ Código Civil y Comercial de la Nación Comentados, Comentario art. 51, 128.-

⁷⁶ Art. 1.737 Código Civil y Comercial de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

susceptible de afectar un interés humano o no. Añadiendo que para que el daño detente relevancia jurídica debe encontrarse receptado y regulado por el derecho. Luego, una vez producido el mismo puede producir los efectos jurídico a que estaba destinado (Brain, 2015).-

Ahora bien, conceptualizado el daño corresponde referir al contenido del mismo y como ha sido regulado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

En tal sentido, el art. 1738 del referido cuerpo normativo dispone:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. **Incluye especialmente las consecuencias de la violación de derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida** (El resaltado me pertenece).-

Adviértase pues, el contenido amplio e integral que el nuevo ordenamiento dispone como efecto jurídico al supuesto reparador de un daño jurídicamente relevante.-

No obstante las nociones expresadas y ya habiéndose conceptualizado brevemente al *Daño* y advertido sus alcances, resulta indispensable considerar, a fin de comprender el sistema de reparación dispuesto por nuestro ordenamiento, lo expresado por Aguiar Aranguren (1993) en cuanto señala que la reparación consiste en cumplir efectivamente y de buena fe con la obligación originaria. En el caso de las obligaciones de “*No hacer*”, como resultaría del supuesto de la prohibición de discriminar a otro ser humano, la reparación constituiría en la “*restituito in integrum*”, es decir, dejar sin efecto todo aquel acto o hecho que haya incumplido con la obligación determinada previamente (Saracho Cornet, 2015).-

Así, quien haya incumplido con la prohibición de discriminar a otro sujeto se verá, a pedido del damnificado, como consecuencia jurídica ineludible y con carácter estrictamente

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

reparador, obligado a dejar sin efecto las acciones que hubieran dado origen al acto discriminatorio. Es decir restablecer las cosas al estado anterior a que se produjera la conducta discriminatoria.-

Ahora bien, en el caso de que resultara materialmente de imposible cumplimiento restablecer la situación al estadio previo a la comisión de la conducta reprochable, se presenta la opción de que “*la reparación*” se efectúe mediante una indemnización de carácter pecuniario.-

Si bien tal circunstancia no acaba de resultar convincente a quien suscribe, en razón de resultar indirectamente la “*patrimonialización*” del concepto de reparación, subsistiendo derechos extra patrimoniales que no son susceptibles de cuantificar económicamente, lo que resultaría en última instancia, posiblemente, poner precio a derechos humanos fundamentales, tales como los derecho personalísimos, tampoco puede desconocerse que frente a la imposible restitución de las cosas al estadio previo a la comisión de la conducta discriminatoria, el sistema indemnizatorio resulta un medio de reparación posible.-

En esta línea de entendimiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado adecuadamente que la indemnización tiene naturaleza compensatoria, no punitiva⁷⁷. Situación esta que tiene incidencia en cuanto comprende estrictamente a la reparación del daño producido al damnificado, y en modo alguno sanción a quien cometió el hecho o acto reprochado.-

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado en el nuevo cuerpo normativo el avenimiento de las nuevas corrientes en relación a la reparación.

En tal sentido, se ha expresado en relación al art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, que:

⁷⁷ Ídem p. 30, Nota 31.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

La reparación plena o integral es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de responsabilidad por daños, y supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y su reparación. Por eso, cuando alguien ha sufrido un perjuicio, ya sea patrimonial o moral, debe percibir una indemnización que le permita que el estado de cosas actual sea razonablemente coincidente con el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño⁷⁸.-

Asimismo, expresa el art. 52 el nuevo cuerpo normativo que:

La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1⁷⁹, respectivamente.-

En efecto y siguiendo con esa lógica de entendimiento, el sistema previsto por el Código Civil y Comercial en materia de prevención y reparación de daños a los derechos Personalísimos se encuentra de la interpretación integral de los arts. 51, 52, 1737, 1738 y 1740 del nuevo cuerpo normativo.-

Del tal exegesis se advierte que una vez dañada o menoscabada la dignidad personal del individuo, este puede reclamar la prevención y/o reparación de los daños sufridos, debiendo tener la respectiva reparación el carácter de plena. Tal carácter específico consiste en restituir las cosas al estado anterior a que sucediera el daño. Ello surge del comentario del art. 1.740 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto expresa:

...la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el

⁷⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Comentario Art. 1740, p. 458.-

⁷⁹ Art. 52 Código Civil y Comercial de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.⁸⁰

e. Conclusiones Parciales

El presente capítulo comienza conceptualizando los derechos personalísimos para luego referirse someramente a su reconocimiento expreso en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, en el presente apartado del trabajo de investigación se destaca el valor fundamental que la dignidad constituye para el ser humano.

De tal suerte, se comprende así que tales derechos sean extra patrimoniales, indisponibles o relativamente indisponibles, puesto que acompañan a la persona a través de su existencia.

Con posterioridad, el capítulo en cuestión se permite desarrollar el sistema de prevención y reparación previsto en el referido cuerpo normativo, para el supuesto de que aquellos derechos fundamentales se vean vulnerados. El mismo se desprende de la interpretación integral de los arts. 51, 52, 1737, 1738 y 1740 del Cód. Civ. y Com.-

Así las cosas, considero que una vez dañada o menoscabada la dignidad personal del individuo, éste puede reclamar la prevención y/o resarcimiento de los daños sufridos, debiendo tener la respectiva reparación el carácter de plena. Este último consiste específicamente en restituir las cosas al estado anterior a que sucediera el daño. Lo que en definitiva resultaría en dejar sin efecto el hecho discriminatorio. Ello, amén de las indemnizaciones por daños y perjuicios que pudieran corresponder.-

El sistema aquí elaborado, a consideración del autor, no puede entenderse como la máxima expresión de la representación de los derechos y garantías constitucionalmente garantizados, en la medida en que no ahonda en materia de sanción para quien comente el acto

⁸⁰ Art.1740 Código Civil y Comercial de la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

discriminatorio, ni otorga el carácter público, con lo que ello implica, a la comisión de un hecho de tal índole.

Ahora bien, no puede soslayarse que éste resulta un avance respecto de los demás sistemas estudiados y analizados a lo largo de la investigación, a excepción del previsto por la Ley 23.592, con el cual resultan muy similares.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

CAPITULO VII

REFLEXIONES PARCIALES – CONCLUSION.-

a. Reflexiones Parciales.-

Del análisis desarrollado en los capítulos precedentes, se desprende:

- 1) El valor supremo de la dignidad humana por ser inescindible al ser humano.-
- 2) El carácter “*erga omnes*” de los Derechos Humanos.-
- 3) El reconocimiento constitucional expreso del valor de la dignidad humana y por consiguiente del derecho a no ser discriminado.-
- 4) El carácter de norma jurídica que asume la Constitución Nacional, a fin de que una vez reconocidos los derechos, estos resulten efectivos y no ilusorios.-
- 5) El carácter uniforme y homogéneo con que deben ser interpretados el conjunto integro de derechos y garantías reconocidas tanto en la constitución como en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.-
- 6) El reconocimiento consecuente en nuestro ordenamiento jurídico interno, mediante normas inferiores en materia de discriminación, y en el caso específico de discriminación laboral, que regulan, determinan y sancionan tal circunstancia.-
- 7) El carácter transversal de la Ley Antidiscriminación, y su efectiva aplicación en el ámbito del Derecho del Trabajo.-
- 8) El carácter meramente enunciativo de las prohibiciones a discriminar previstos en la Ley de Contratos de Trabajo. (Salvo los casos específicamente descriptos).-
- 9) La falta de eficacia del sistema de prohibición contra la discriminación laboral prevista en la Ley de Contratos de Trabajo.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

- 10) El carácter estrictamente pecuniario del sistema indemnizatorio tarifado agravado previsto en la Ley de Contratos de Trabajo, para los supuestos de despido por embarazo o matrimonio y que por analogía se utiliza en los demás casos de discriminación laboral.-
- 11) La falta de consistencia del sistema indemnizatorio tarifado frente a situaciones de discriminación laboral.-
- 12) La importancia del voto en disidencia de los miembros de la C.S.J.N., en el fallo Álvarez, como justificación de la utilización del Sistema de Indemnización Tarifada, en casos de Discriminación Laboral.-
- 13) La necesidad actual y a mi entender errónea, de utilizar en materia de discriminación laboral, mediante la analogía, un sistema sancionatorio previsto para supuestos específicos de la LCT, desatendiendo las consecuencias jurídicas previstas en la Ley 23.592.-
- 14) La importancia del voto de la mayoría de los miembros de la C.S.J.N., en el fallo Álvarez, como justificación de la reinstalación y reclamo por daños y perjuicios del damnificado.-
- 15) La imperiosa necesidad de avanzar legislativamente en materia de Discriminación Laboral.-
- 16) La necesidad de contar dentro del Derecho del Trabajo con un sistema que reconozca, resguarde y haga operativas efectivamente, tanto las garantías constitucionales, como los tratados internacionales con igual jerarquía.-
- 17) La necesidad de que el sistema utilizado, considere el daño sufrido por el discriminado laboral y consecuentemente se presente acorde al mismo a la hora de pretender su reparación.-
- 18) El carácter eminentemente reparador de la indemnización y no punitivo.-
- 19) La necesidad de un sistema que no solo pretenda la reparación integral de quien haya padecido la conducta discriminatoria, sino que también sancione en forma directa a quien la haya cometido.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

b. Conclusión

Del conjunto de normas con jerarquía constitucional se advierte pues, que las mismas se encuentran orientadas, en definitiva, a la reivindicación y resguardo de la dignidad humana, motivación ésta que no debe desatenderse al tiempo que el legislador sancione las Leyes Nacionales tendientes a proteger tanto el derecho a no ser discriminado como la propia dignidad del trabajador, y las sanciones que esta prevea o disponga, cuando aquella se vea vulnerada o violentada por la conducta discriminatoria efectuada por parte de un empleador.

El fallo Álvarez, ha resultado material de inocultable importancia en relación a la adecuada interpretación que debe realizarse tanto de las garantías constitucionales como de los tratados internacionales y demás leyes nacionales previstas en la materia, así como respecto de la correcta valoración que deber efectuarse en relación a los derechos fundamentales y a su prevalencia respecto de los derechos de carácter patrimonial.-

En efecto, en el mismo se ve plasmada con evidente claridad, la posición previamente adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación al valor de los Derechos Humanos y al reconocimiento de los mismos en el ordenamiento interno.-

En tal sentido, resalta el valor supremo que los derechos personalísimos tienen para cada individuo.-

Es posición adoptada por mi parte, en pos de una profundización en el avance concerniente a la materia en cuestión, teniendo como fundamento primordial el hecho de que la dignidad humana reviste un carácter central e inalienable del ser humano, tal y como lo tienen manifestado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la normativa actual debe ser revisada en forma estructural a fin de que las garantías previstas tanto en la manda constitucional como en los tratados internacionales de igual jerarquía, no devengan en meras expresiones de deseo, incapaces de materializarse.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

En efecto, atendiendo tal aspecto, deben sopesarse las diferentes variables posibles a fin de concertar una opción que no se presente simplemente como una mera reparación económica tarifada de antemano y agravada en el caso puntual, o la simple reinstalación del trabajador a un puesto de trabajo en donde no necesariamente encuentre las condiciones laborales mínimas que le permitan su normal desarrollo en su vida laboral. Ello, tomando especial consideración en el aspecto de que en caso de producirse un hecho discriminatorio, dos partes son las que interactúan. Por un lado el sujeto discriminador, y por el otro, el damnificado. En tal sentido, el mero efecto del resarcimiento pecuniario a favor del discriminado, en primer término, no necesariamente significa la reparación del daño producido, puesto que esta lógica de entendimiento puede desvirtuar el valor ontológico de la norma constitucional que en definitiva da sustento a la prohibición de discriminar, y en segundo término, que en modo alguno implica *per se* una sanción en contra de quien ha cometido el acto discriminatorio. Ello, en virtud de que, como fuera expuesto en el Capítulo Sexto, apartado “d”, la indemnización tiene naturaleza compensatoria no punitiva, provocando de esta manera un vacío legal respecto de quien efectivamente incumplió la norma. -

En tal supuesto, quien cometió la conducta reprochable, es susceptible de volver a hacerlo si se encuentra en condiciones económicas de afrontar la carga de abonar la indemnización prevista para el caso en concreto. Ello, puesto que no fue sancionado por el ordenamiento, toda vez que la indemnización reviste simplemente, en el mejor de los casos, carácter reparador del supuesto daño padecido por la víctima, pero no se constituye en modo alguno como medio disuasivo de la conducta reprochada.-

En este sentido, el sistema que debería resguardar la prohibición de la discriminación laboral y la dignidad del ser humano, no expresa sanción alguna contra aquel que desatienda y viole tales preceptos constitucionales.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Así pues, advertido el valor del bien jurídico protegido, esto es, *la dignidad humana*, resulta escasa la mera enunciación de una prohibición y la posible indemnización tarifada prevista de antemano. A criterio del investigador y en función de los argumentos expuestos, también debería sancionarse en forma positiva a quien comete el hecho discriminatorio.-

En tal sentido, el legislador debería considerar los dos ámbitos de aplicación sobre los cuales debe legislar. Por un lado, condenando la conducta discriminatoria reprochada socialmente – es decir, el aspecto de la Ley orientada a sancionar a quien cometió el acto discriminatorio –, y por otro, procurando situar al damnificado en un plano de igualdad al restablecer las cosas al estadio previo a la comisión de la conducta discriminatoria, con más las indemnizaciones correspondientes por los daños y perjuicios que tal conducta pudiera haber ocasionado.-

En definitiva, la norma debería sancionar a quien discrimina, no solo reinstalando a la víctima y respondiendo por los daños que le han sido ocasionados, sino también formulando un reproche ejemplar para el responsable, con miras a que el acto discriminatorio no se repita. La finalidad de la sanción entonces se presentaría dirigida a que no se vuelva a cometer el acto discriminatorio.-

La reinstalación e indemnización por daños y perjuicios resultan consecuencias coyunturales e ineludibles, toda vez que habiéndose padecido un acto discriminatorio, hay una víctima y ésta debe ser resarcida íntegramente, pero no debe desatenderse que la finalidad de la medida debería ser, por un lado, que no se produzca un nuevo acto discriminatorio, y por otro, que la víctima disponga de un medio para ejercitar su derecho a no ser discriminado.-

En función de lo expuesto, la presente investigación ha procurado expresar mi preocupación respecto del sistema implementado en la actualidad en la materia, en razón de no considerar quien suscribe que este resulte el medio más idóneo para afrontar tal circunstancia.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Este orden de ideas, explicita el carácter dual de la normativa a aplicar en el caso, dirigido tanto a sancionar enfática y específicamente a quien comete el ilícito, como a reparar integralmente el daño causado a la víctima.-

De ser considerado atendible este posicionamiento y la consecuente revisión propuesta al sistema implementado en la actualidad, cabe analizar en futuras investigaciones la posible tipificación penal del delito de Discriminación, con las consecuencias que de ello se desprendan.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ❖ Ackerman, M.E. (2008) El Convenio N° 111 de la O.I.T., relativo a la discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, y la Negociación Colectiva. Discriminación y Violencia Laboral – I. *Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni, Tomo Dos (2)*, 9-25.-
- ❖ Aguiar Aranguren, A. (1993) La Responsabilidad del Estado por Violación de Derechos Humanos, *Vol. 17 (17)*, pág. 249.-
- ❖ Álvarez, E. (2008) Reflexiones acerca del despido por discriminación – Discriminación y Violencia laboral – I. *Revista de Derecho Laboral. Rubinzal – Culzoni, Tomo Dos (2)*, 27-34.-
- ❖ Bidart Campos, G. J. (1981) *Principios Constitucionales de Derecho del Trabajo (Individual y Colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14bis.*, 481.-
- ❖ Bidart Campos, G. J., (1998). *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, (2), 417.-
- ❖ Brain, D.H. (2015, Mayo) *La reparación por Daños ante la disolución injustificada del contrato de Trabajo*. Ponencia presentada en la XIV Jornadas del Centro de la República sobre el Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo, organizadas por la Asociación Argentina de derecho del Trabajo y Seguridad Social. Córdoba. Argentina.-
- ❖ Bravo, N.M. y Alliney, M.C. (2010) *Aplicación de la Ley Antidiscriminación en el ámbito Laboral*. Recuperado de [http://www. Eco.unrc.edu.ar/wp-content/uploads/2010/06/Bravo-Alliney.2010.pdf](http://www.Eco.unrc.edu.ar/wp-content/uploads/2010/06/Bravo-Alliney.2010.pdf).-
- ❖ Cfr. Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003; La Colegiación obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

- Consultiva OC- 5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Serie A Nº. 5, Párr. 52. Caso Ricardo Canese v. Paraguay. Sentencia 31 de Agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 180.-
- ❖ De la Fuente, H. (1987) *Concepto Jurídico del Daño. Daño Patrimonial y daño moral*. Ed. 1987, 913, Buenos Aires, Argentina.-
 - ❖ Diccionario de la Real Academia Española, 21 Ed., (2000).-
 - ❖ Elias, J. (2008) La onda expansiva del despido discriminatorio. Discriminación y Violencia Laboral. I. *Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni, Tomo Dos (2)*, 103 - 104.-
 - ❖ Fredman, B. E. (2008) Desigualdad arbitraria entre iguales – Despido Discriminatorio por razones de enfermedad. *Revista de Derecho Laboral – Discriminación y Violencia Laboral, Tomo Uno (1)*, 171.-
 - ❖ Grassis, P M. (2010) El Enigma del Paradigma Protectorio – La regla de la patrimonialización del despido y la anomalía de su nulidad por discriminatorio. *Catorce bis, Numero Cuarenta y Tres (43)*, 5-78.-
 - ❖ Machado, J. D. (2008) Discriminación y Trato Desigual: Una diferencia jurídicamente relevante – Discriminación y Violencia Laboral – I. *Revista de Derecho Laboral. Rubinzal - Culzoni, Tomo Dos (2)*, 35-59.-
 - ❖ Mancini Rodríguez, J. (2008) Discriminación en el Despido o Despido Discriminatorio. Discriminación y Violencia Laboral. I. *Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni, Tomo Dos (2)*, 136 - 137.-
 - ❖ Mandela, N. R. (2013) *Largo camino hacia la libertad*. Madrid: Aguilar.
 - ❖ Palacio de Caeiro, S. B. (2015, Mayo) *El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos*. Ponencia presentada en la XIV Jornadas del Centro de la República sobre el Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en el

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Derecho del Trabajo, organizadas por la Asociación Argentina de derecho del Trabajo y Seguridad Social. Córdoba. Argentina.-

- ❖ Rivera, J. C. (2010) *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Cap. XVIII: Derechos Personalísimos, Bs As, Abeledo Perrot, 704.-
- ❖ Sagues, N. P. (1999) *Elementos de Derecho Constitucional* (3ª Ed. Actualizada), Ciudad de Buenos Aires, Argentina.-
- ❖ Saracho Cornet, T. (2015, Mayo) *El daño en la salud de los trabajadores y la interferencia en su Proyecto de Vida. La reparación en la acción civil según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Ponencia presentada en la XIV Jornadas del Centro de la República sobre el Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo, organizadas por la Asociación Argentina de derecho del Trabajo y Seguridad Social. Córdoba. Argentina.-
- ❖ Toselli, C. A. (2008) *Estabilidad Laboral – Nulidad del Despido – El despido como acto ilegítimo – Legislación comparada – Estabilidad de la Actividad Sindical*. Recuperado de [\[http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/52039/mod_folder/content/0/Prof.%20Machado%20Estabilidad%20Laboral%20por%20Dr.%20Toselli.pdf?force_download=1\]](http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/52039/mod_folder/content/0/Prof.%20Machado%20Estabilidad%20Laboral%20por%20Dr.%20Toselli.pdf?force_download=1).-
- ❖ Toselli, C.A. (2008) La discriminación originada en causas o motivos de salud. *Discriminación y Violencia Laboral, I. Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni, Tomo Dos (2)*, 143-169.-
- ❖ Tosto, G. (2010) *Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada. El problema de la igualdad de trato* (1ª Edición). Tomo I, pág. 481, 1º párr., Buenos Aires, Argentina, Errepar.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

JURISPRUDENCIA

- ❖ Corte I.D.H., Sentencia Velásquez Rodríguez, del 29 de Julio de 1988, Serie C, N° 4.-
- ❖ C.S.J.N., “Álvarez, c/ Cencosud SA”, Fallos: 333:2306 (2010).
- ❖ C.S.J.N. “Pérez c/Disco SA”, Fallos: 332:2043, 2054 (2009).
- ❖ C.S.J.N. “Madorran c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330: 1989, 2004 (2007).
- ❖ C.S.J.N., “Aquino c/Cargo Servicios Industriales SA”, Fallos: 327:3753 (2004).-
- ❖ C.S.J.N., “Torrillo c/Gulf Oil Argentina SA y Ot”, Fallos: 332:709 (2009).-
- ❖ C.S.J.N., “Vizzotti c/ Amasa SA”, Fallos: 327:3677, (2004).-
- ❖ C.S.J.N., “Arecco c/ Praxiar Argentina SA”, Fallo: A. 590. XLIII. (2011).-
- ❖ C.S.J.N., “Cejas Adrián Enrique c/ Fate SA”, Fallo: C.823.LXLVI, (2013).-
- ❖ Juz. Nac. Del Trabajo 1ª Inst. y 38 Nom., “Benítez Alfredo c/ Coto Centro Integral de Comercialización SA” (2007).-

LEGISLACION

- ❖ Declaración Universal de Derechos Humanos – Res. 217 A (III) De la Asamblea General de las Naciones Unidas – 10/12/1948 – Preámbulo 1º par.-
- ❖ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – IX Conferencia Internacional Americana – Bogotá – Colombia, 1948 – Preámbulo – par. 1º.-
- ❖ Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – San José, Costa Rica, 22/11/1969.-
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Nueva York, Estados Unidos de América – 19/12/1966 – Art. 26.-
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Nueva York – Estados Unidos de América – 19/12/1966 – Art. 2, parte II, 2º par.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

- ❖ Declaración Universal de Derechos Humanos, Edición especial, 1948 – 2008.-
- ❖ Constitución Nacional (1998). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte.
- ❖ O.I.T. (1944). Declaración de Filadelfia, Punto II.-
- ❖ Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), Convenio N° 111. Ratificado el 3/06/1985, Aprobado por el Honorable Congreso de la Nación, Ley 23.179.-
- ❖ Ley 23.592. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-
- ❖ Ley 20.744 y modif. Honorable Congreso de la Nación
- ❖ Ley 23.551. Honorable Congreso de la Nación.-
- ❖ Código Civil y Comercial de De la Nación.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

ANEXO 1 – LEY ANTIDISCRIMINACION.-

ACTOS DISCRIMINATORIOS.

Ley N° 23.592⁸¹

Adóptense medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

Sancionada: agosto 3 de 1988

Promulgada: agosto 23 de 1988

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de ley:

ARTICULO 1°.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Art. 2°.- Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

⁸¹Recuperado de [<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>].-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Art. 3°.- Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

Art 4°.- Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley.

(Artículo incorporado por art.1° de la [Ley N° 24.782](#) B.O. 03/04/97).

Art 5°.- El texto señalado en el artículo anterior, tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros (30) de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente.

En el mismo al pie, deberá incluirse un recuadro destacado con la siguiente leyenda:

"Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia."

(Artículo incorporado por art.2° de la [Ley N° 24.782](#) B.O. 03/04/97).

Art. 6°.- Se impondrá multa de \$ 500 a \$ 1.000 al propietario, organizador o responsable de locales bailables, de recreación, salas de espectáculos u otros de acceso público que no cumpliera estrictamente con lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de la presente ley.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

(Artículo sustituido por 1° de la [Ley N° 25.608](#) B.O. 8/7/2002).

Art. 7.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. JUAN C. PUGLIESE - VICTOR H. MARTINEZ - Carlos A. BRAVO - Antonio J. MACRIS. *(Artículo renumerado por art. 2° de la [Ley N° 25.608](#) B.O. 8/7/2002).*

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS TRES DIAS DEL MES DE AGOSTO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

ANEXO N° 2.-

C.S.J.N., Fallo: **Álvarez Maximiliano y Ot c/ Cencosud SA - Amparo**⁸²

A. 1023. XLIII. RECURSO DE HECHO Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo. Año del Bicentenario

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2010 Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que los seis actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A., propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de fantasía "Easy", sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la "pseudo categoría" de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio —que fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006— y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. 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). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores 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

⁸² Recuperado de

[<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do;jsessionid=mWGhXMZdd4KsGFhQK486B2FBT9bShgpCYFvdRv8nwNS0gkm2Lr18!425609289?method=realizaConsulta>].-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

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 -2- en el art. 1° de la ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (art. 14.3 de la ley 48). En lo restante —violación del principio de congruencia y valoración del hecho de que los actores habrían percibido las indemnizaciones por despido con anterioridad a la demanda— se impone su rechazo (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La cuestión federal a ser juzgada por esta Corte reside, de consiguiente, 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.

3°) Que las mencionadas cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

En tal sentido, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Se añaden a este listado, en el plano supralegal (art. 75.22 cit., primer párrafo), vgr., la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Todo ello, por cierto, como corolario de que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.): "[e]l hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta [de las Naciones Unidas]" (Corte

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Internacional de Justicia, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, Recueil 1971, párr. 131).

Para la Carta Democrática Interamericana, "[l]a eliminación de toda forma de discriminación" contribuye "al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana" (art. 9°).

Cabe sumar a lo indicado, atento el contenido material del caso, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza (Milone, Fallos: 327:4607, 4616), por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). El Convenio N° 111, asimismo, se inscribe en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, "tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: [...] d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación". Se trata, además, de objetivos que, antes que atenuados, han resultado plenamente convalidados en nuestros días ante cualquier modalidad que pretenda imponerse a la disciplina laboral con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

económica y social (Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008). La Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998), de su lado, después de prever que todo trabajador "tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes", dispone que los Estados Partes "se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación [...]" (art. 1°).

4°) Que, ciertamente, el mencionado corpus iuris, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente "de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" y que, por el otro, "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100). La referencia a este antecedente, y el seguimiento del que será objeto, son más que apropiados en el sub lite por cuanto, en esa oportunidad, el tribunal regional asentó una doctrina de importancia mayor para la conceptualización del principio en estudio, no debiéndose pasar por alto, asimismo, que lo hizo con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su proyección excede esta esfera.

De tal suerte, cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus cogens, "puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". Así, por su carácter "imperativo", rige en el "derecho internacional general", en

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a "nivel internacional o en su ordenamiento interno", independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un "deber especial" de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas "perentorias" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, 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. En cuanto a los particulares, el mentado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos inter privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

respetar los derechos humanos de sus trabajadores (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151).

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela, desde otra fuente, que éste se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse (doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Furundzija — "Prosecutor v. Anto Furundzija"—, sentencia del 10-12-1998, párr. 154, en *International Human Rights Reports*, 2002, vol. 9, n° 3, p. 783; asimismo: Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2002, ps. 144 y 147 in fine/ 148).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a su turno, previó la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general —*jus cogens*—, o ante la aparición de una de éstas (arts. 53 y 64; asimismo: art. 71), dejando a la práctica de los Estados y a la "jurisprudencia de los tribunales internacionales" la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens* (Comisión de Derecho Internacional, "Projet d'articles sur le Droit des traités et commentaires", 1966, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, p. 270). De ello ya han dado muestra variados tribunales en el nivel nacional e internacional, incluso en contextos no limitados a la validez de tratados ("Text of the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts and commentaries", adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 530, 2001, *Report of the International Law Commission*, A/56/10, p. 208 y sus citas). La Corte Interamericana, mediante "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", suma una nueva perspectiva a esos antecedentes.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

5º) Que de lo expuesto precedentemente se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, "de lo cual es un ejemplo la ley 23.592" y, también, el "de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales" (Partido Nuevo Triunfo, Fallos: 332:433, 439). Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación, advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias" (Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes —párrafo 1 del artículo 2 del Pacto—, HRI/GEN/1/Rev.9 —Vol. I—, párr. 3).

Al respecto, es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados" (art. 1º), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, primer párrafo, y art. 1º; PIDESC, preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Mortificación, la antedicha, de grado nada menor, ya que las violaciones a la

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

dignidad de la persona humana así como pueden mortificar su espíritu, también pueden dañar su cuerpo, constituyendo una fuerza patológica y destructiva del bienestar de las personas al menos igual que la de los virus y las bacterias (Mann, Jonathan, "Health and Human Rights", en *Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/ Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 176). Sobre el punto, es significativa la citada Convención de Belém do Pará, en cuanto reconoce que el derecho de toda mujer a una "vida libre de violencia" incluye, entre otros, el derecho de "ser libre de toda forma de discriminación" (art. 6°.a, *itálica agregada*).

No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones "muy graves", las "decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares" (art. 4°.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°.5.a y b).

6°) Que este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones, además de la que será expresada en el considerando siguiente. Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, "la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos" (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., Fallos: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos "naturalmente entrañables" (Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004), tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 bis de la Constitución Nacional —"las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor"— y lo reitera el art. 7° del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus Miembros: "todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" (II, a). Ello explica, al unísono, que garantizar la no discriminación configura para el Estado una "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato", cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de "proteger" los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (ídem, párr. 22).

Por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio pro homine,

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit., p. 2004). Ya el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, "concordante con la doctrina universal": el "principio de favorabilidad" (Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27).

7°) Que en respuesta al supuesto de colisión que acaba de ser indicado, cabe juzgar 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 art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso De Luca, de 1969 (Fallos: 273:87). Esto es así, por muy variados motivos. En primer lugar, la ratio decidendi del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexa con los "salarios" o "remuneraciones" materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el sub examine, contrariamente a De Luca, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.

En todo caso, vale decir, al margen de lo que pudiera seguirse del antecedente citado, añádese a lo anterior, en tercer término, una consideración determinante: el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (Galassi, Fallos: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el "bloque de constitucionalidad federal", comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (Dieser, Fallos: 329:3034), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. Así, además de cuanto ha sido expresado en los considerandos 3° a 6°, cobra todo su sentido y significación otro esclarecimiento, ya alcanzado por el Tribunal en el caso Madorrán: la protección del "derecho a trabajar" previsto en el art. 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, "si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta" (cit., p. 2003; v. asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 223). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal (Torrillo, Fallos: 332:709, 713), ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, "tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución [...]" (Observación general N° 18, cit., párr. 48; en igual sentido, del mismo Comité: Observación general N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales —artículo 3— del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, párr. 21). Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

de despido improcedente" (Observación general N° 18, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, "anular la terminación" y ordenar la "readmisión" del trabajador (art. 10).

A conclusiones análogas conduce el abanico de instrumentos internacionales que también enuncian y resguardan el "derecho a trabajar" (Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 23.1—, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XIV— y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial —art. 5.e.i—), el cual debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a). No huelga observar que el citado Protocolo de San Salvador contempla a la "readmisión en el empleo" como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7°.d).

Más todavía. El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que esta Corte ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador. Así, en *Rusich, Elvira c/ Cía. Introdutora de Bs. As.* (Fallos: 181:209), de 1938, al persistir en la línea que trazara tanto en *Saltamartini c/ Compañía de Tranways "La Nacional"*, en cuanto a la imposición de la indemnización por despido y por falta de preaviso (Fallos: 176:22), cuanto en *Quinteros, Leónidas S. c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina* (Fallos: 179:79), desestimó que el pago de las vacaciones pudiera ser impugnado constitucionalmente con fundamento en que resultaba un salario sin contraprestación del trabajador, al paso que justificó, por obedecer al "ritmo

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

universal de la justicia", otras normas protectoras de aquél que imponían al empleador obligaciones de naturaleza análoga a la anterior (Fallos: 181:209, 212/214; asimismo: Dordal, José c/ Calderón y Roperó, Fallos: 189:234; Vizzotti, Fallos: 327:3677, 3689, y Aquino, Fallos: 327:3753, 3770). Sobre bases análogas se emplaza con vigor la ratio decidendi de Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.: "toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental" (Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia West Coast Hotel Co. v. Parrish de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en Roldán c/ Borrás, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que "el fundamento valorativo de la solución" reposaba "en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica" (Fallos: 250:46, 48/50).

Y, ciertamente, son el mencionado "ritmo universal de la justicia", la "ponderada estimación" de las "exigencias éticas" y "condiciones sociales", cuando no la "libertad contra la opresión" que ejerce la discriminación, los elementos que acreditan, desde hace ya tiempo, que el repudio a todas las formas de aquélla, y el emplazamiento de su prohibición en el elevado campo del jus cogens, resulta, lisa y llanamente, una reacción de la conciencia jurídica universal (opinio juris communis), lo cual, así como trasciende las fuentes formales del derecho de gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciona su interpretación y aplicación.

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

8º) Que la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 — y su cita— y 214.7, y "Madorrán", cit., p. 2005). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que "[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley" (art. 26), también requiere, por vía de su art. 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la "restitución" (Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55). En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó que el art. 6 de la Directiva 76/207/CEE (9-2-1976) —por la cual los Estados Miembros debían introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerara perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional— requería "medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada", las cuales debían

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

"garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario". Así, apuntó, en el supuesto de un despido discriminatorio (art. 5.1 de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presentaba cuando la persona discriminada "recupera su puesto de trabajo" (Asunto C-271/91, M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, sentencia del 2-8-1993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8, ps. 4407/4408, párrs. 24/25).

Es del caso recordar que, ya para 1928, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el famoso caso *Chorzów Factory / Usine de Chorzów*, tuvo ocasión de sostener que "[e]l principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que se desprende de la práctica internacional, especialmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, de ser posible, borrar todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosímilmente habría existido si éste no hubiera sido cometido" (fondo, sentencia del 13-9-1928, Serie A, N° 17, p. 47). Incluso en los marcos internos, la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su estudio general *Igualdad en el empleo y la ocupación* (1988), que guarda relación directa con el ya citado Convenio N° 111 de la OIT, advirtió que "la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza. El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo considerable para determinar los derechos individuales". Aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la "reintegración en la empresa" (Capítulo IV, Aplicación de los principios, párr. 163; asimismo: párr. 227). Al respecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene juzgado que las reparaciones (remedies) a las "víctimas de una conducta discriminatoria" deben

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

orientarse lo más cerca posible para "reponer" a éstas "en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta" (Milliken v. Bradley, 433 U.S. 267, 280 - 1977).

9º) Que con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio pro homine, conviene agregar que las "leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción", y esta conclusión se impone, "con mayor fundamento", respecto de la Constitución Nacional que "tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución". Esta enseñanza, expresada por el Tribunal en el señero caso Kot (1958), es de oportuna cita, puesto que el precedente, así como entrañó una de las primeras aplicaciones de una norma internacional que, a la sazón, ni siquiera había alcanzado el grado de vinculación que hoy universalmente le es reconocido: la Declaración Universal de Derechos Humanos, también tuvo como objeto la "protección constitucional de los derechos humanos" (Fallos: 241:291, 300 y 302). De ahí que, además, el art. 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (v. Rodríguez, Luis Guillermo s/ recurso de queja, Fallos: 329:1794, y García Méndez, Fallos: 331:2691, 2700/2701), no excluyente de "otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano" (Convención

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Americana sobre Derechos Humanos, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las "condiciones de trabajo". Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)" (Vizotti, cit., p. 3688).

10) Que los razonamientos expuestos hasta aquí también vuelven inatendible la defensa de la demandada relativa a que, de acuerdo con el precedente Figuroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. SA, de 1984 (Fallos: 306:1208), la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades "discrecionales" del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Con todo, cumple agregar que, a la luz de corpus iuris de los derechos humanos reiteradamente citado, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto. Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado (Aquino, cit., p. 3778, y Madorrán, cit., p. 2004). Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, "[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho" (LCT, art. 68, *itálica agregada*). Suele pasar inadvertido, en esta

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

cuestión, que los poderes invocados, para ser válidos, por un lado, no pueden desentenderse de que "el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano" (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 158), ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que "[e]l contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí", de manera que "[s]ólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley" (art. 4°). Y todo ello pesa sobre el empleador, pues así lo impone, además de lo expresado sobre el *Drittwirkung* o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1°; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo), lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, "también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales", lo cual alcanza al "marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores" (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 146; asimismo: párr. 151. "El *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares" —*ídem*, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77—). Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, "aun" cuando

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), a fortiori, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas (Vasak, Karel, "Les principes fondamentaux d'interprétation et d'application des Droits de l'homme", en Boutros Boutros-Ghali *Amicorum discipulorumque liber*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma —art. 13— contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad" (Kot, cit., p. 299).

La defensa en estudio, sustancialmente, parece responder a una concepción instrumental del trabajador, análoga a la que fue materia de terminante censura por esta Corte en el precedente Vizotti citado. Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (cit., ps. 3691/3692). El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (Mata, José María c/ Ferretería Francesa, Fallos: 252:158, 163/164), puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada. El ser humano es eje y centro de todo el sistema

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P., Fallos: 329:1638; Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, Fallos: 329:4918, y Aquino, cit., p. 3766 y su cita).

11) Que, en consecuencia, nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Fallos: 324:392), sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" (Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires, Fallos: 308:647, 653) y, por el otro, el trabajador es un sujeto de "preferente tutela" por parte de la Constitución Nacional (Vizzoti, cit., ps. 3689 y 3690; Aquino, cit., ps. 3770 y 3797; Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., Fallos: 331:570, y Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.R.L., Fallos: 331:1488). Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona "derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)", no lo es "en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias", tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario con los alcances señalados y, en igual medida, se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Nación). Hágase saber, devuélvase el depósito (fs. 2), acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI (en disidencia parcial)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia parcial)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial). ES COPIA

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que los actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A. — titular de los comercios que giran bajo el nombre de fantasía "Easy"— con el objeto de que se declarara la nulidad de los despidos de los que fueron objeto, se los reinstalara en sus puestos de trabajo y se les abonara una reparación económica.

Alegaron que prestaban servicios para la demandada bajo la "pseudo categoría" de asesores, la cual —según dijeron—, estaba destinada a dejarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio.

Señalaron que el sindicato de esta última actividad les había negado la afiliación por lo cual crearon el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio —que fue inscripto ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006— y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, agregaron que el presidente de dicha comisión intimó a la demandada al pago de diferencias salariales a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa pidiera una lista de los integrantes de aquella. En ese contexto, entre otras circunstancias, finalmente consideraron que el despido sin expresión

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

de causa del que fueron objeto pocos días después resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales.

2°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —por mayoría— confirmó el fallo de primera instancia que tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y ordenó, con fundamento en el art. 1 de la ley 23.592, su reincorporación, a la vez que dispuso tener a las sumas por ellos percibidas con anterioridad a la promoción del pleito como cancelatorias de cualquier reclamo pecuniario derivado de este conflicto (fs. 316/340).

Para así decidir, el tribunal a quo entendió que la pretensión se había basado en las disposiciones de la ley 23.592. Afirmó que dicha norma prescribe la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable, lo cual estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 del Código Civil) o, incluso, a la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), de modo que la rescisión decidida por la empleadora no tendría eficacia en razón de su finalidad discriminatoria.

En otro orden de cosas, descartó que la aplicación de la ley 23.592 al caso pudiese afectar el principio de congruencia, porque en el escrito de inicio se habían aportado la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitaban el ejercicio del iura novit curia para encuadrar el caso en la citada ley antidiscriminatoria.

Ello dio lugar al recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación origina la presente queja.

3°) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (artículos 14, 14 bis, 16, 17 de la Constitución Nacional; tratados internacionales afines y la ley 23.592 de "Actos Discriminatorios"). Los restantes agravios —incluido aquél por el que se cuestiona el carácter discriminatorio atribuido a los despidos—, conducen al examen de cuestiones fácticas, probatorias y de

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

derecho común y procesal ajenas — por principio— a esta instancia de excepción por lo que, en este aspecto, el remedio se declara inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4°) Que establecidos los puntos que habilitan la intervención de este Tribunal corresponde analizar el principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador. Al respecto, y como pauta interpretativa, cabe recordar que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (Fallos: 167:211; 171:348; 181:343; 240:311; 251:86; 255:293; 272:99; 280:311; 301:771, entre muchos otros).

5°) Que, a fin de abordar esta cuestión, se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros. El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados, o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (causa P.1469.XLI "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal", sentencia del 17 de marzo de 2009 y sus citas).

6°) Que el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación debe reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley aquí en juego como también el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad", y en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales (conf. causa "Partido Nuevo Triunfo" antes citada).

7°) Que, por lo demás, dado el contenido material del caso, cabe destacar lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, en el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968) de jerarquía supralegal dada su naturaleza (conf. causa Milone, Fallos: 327:4607) el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). Asimismo, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), se expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, "tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir (...) d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación".

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Se trata, además, de objetivos que han resultado convalidados en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Por su parte, la Declaración Socio Laboral del Mercosur (1998), después de prever que todo trabajador "tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamientos y oportunidad en el empleo y ocupación (...) en conformidad con la disposiciones legales vigentes", dispone que los Estados Partes "se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación (...)" (art. 1).

8°) Que, por otro lado, la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y —en principio— comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio.

En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

9º) Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de Fallos: 273:87, De Luca, 306:1208, Figueroa y 321:3081, Agnese).

10) Que una vez delineados los aspectos fundamentales de los principios de igualdad ante la ley y a la no discriminación y libertad de contratar, corresponde abordar la cuestión federal planteada: si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su artículo 1º.

11) Que para decidir la primer cuestión cabe señalar que en dicha disposición se establece que "[Q]uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

12) Que los inequívocos términos de la norma transcripta no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada. Una conclusión contraria

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

implicaría desconocer la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida por el legislador con su dictado.

13) Que, sentado lo expuesto, corresponde ahora analizar cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en el art. 1°. Como se desprende del texto normativo transcrito, el afectado —discriminado— tiene derecho a que se "deje sin efecto" el acto discriminatorio y se le resarzan los daños y perjuicios sufridos.

En lo que atañe a este tipo de actos adoptados en el ámbito laboral es menester distinguir entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador.

14) Que, en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes.

En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido motivado en el matrimonio del trabajador, artículo 182 LCT; o en el embarazo de la trabajadora, artículo 178 LCT), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (artículo 177 LCT; artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado (tres meses anteriores y seis posteriores al matrimonio —artículo 181 LCT—; por el tiempo que dure la gestación —artículo 177, tercer párrafo, LCT—; siete meses y medio anteriores y posteriores al parto —artículo 178 LCT—; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año —artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales—; seis meses a partir de la postulación — artículo 49 de la Ley de Asociaciones Sindicales—). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa.

15) Que, en línea con lo que se acaba de exponer, cabe señalar que en el precedente Madorrán (Fallos: 330: 1989), esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía solo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Como ya se dijo, el

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio.

16) Que, en vista de todo lo expuesto cabe concluir que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo.

Nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que, como se ha establecido *ut supra*, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado.

Ahora, ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudir a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta —a criterio de este Tribunal— la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego.

17) Que la solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del derecho internacional. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que las

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

víctimas de violaciones al derecho del trabajo "...tienen derecho a una reparación adecuada, que [puede] adoptar la forma de restitución (...)" (Observación General N° 18. El Derecho del Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 48). En igual sentido, se ha pronunciado en la Observación General N° 16 acerca de "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales" (año 2005, párr. 21).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que en el supuesto de un despido discriminatorio una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presenta cuando la persona discriminada "recupera su puesto de trabajo" (Asunto C-271/91, M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, sentencia del 2/8/1993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8, ps. 4407/ 4408, párr. 24/25).

18) Que, en tales condiciones, ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa. De tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente al recurso de queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 344/359 vta. y se revoca el pronunciamiento con el alcance indicado. Costas por su orden en atención a la forma en que se decide y a la naturaleza de las cuestiones propuestas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y,

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por el representante de la firma Cencosud S.A. Dr. Daniel Ricardo Rosso. Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 24. A. 1023. XLIII. RECURSO DE HECHO Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.-

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a :

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/beiro/13/alvarez_a_1023_1_43.pdf

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2008/beiro/pellejero_maria_p_1697_1_41.pdf Despido indirecto – Actos discriminatorios.-

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Vásquez Riso León Felipe
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32.745.862
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Despido Discriminatorio – Contradicciones de un Sistema que Preocupa.-
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	benyi_cat86@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

DESPIDO DISCRIMINATORIO - CONTRADICCIONES DE UN SISTEMA QUE PREOCUPA

Texto completo de toda la Tesis (<i>Marcar SI/NO</i>)	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma autor-tesista Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento