

Resumen:

Históricamente la clase obrera, se manifiesta en busca de mejorar los derechos humanos y laborales, aquí se presentan aquellas situaciones de discriminación y mobbing laboral, convenios de tratamiento del año 56´ y estudios de la década del 80´respectivamente. Ambas figuras trazan similitudes, una aplicación legislativa compatible y un objetivo perverso en común; lograr el abandono laboral del trabajador. El objetivo es buscar y difundir la legislación que protege los derechos humanos y laborales de las personas que padecen éstos flagelos, por lo que se aborda conceptualmente los términos discriminación y *mobbing*, aspectos relevantes de la igualdad de trato laboral, en busca de posibles caminos de solución. Con una descripción legislativa de diversos ámbitos y destacando el principio de progresividad que protege los derechos humanos y del trabajo, con el objetivo de brindar las herramientas jurídicas necesarias para abordar éstas situaciones, abordando diversos planteos jurídicos que puede ejercer un trabajador afectado, los planteos jurisprudenciales y las herramientas probatoria para los casos concretos, todo ello en el marco de la derogación del despido discriminatorio, que ha dejado un vacío legislativo. El lineamiento de la propuesta se ha fijado con una solución basada en analogía de la LCT, y en la propia ley de actos discriminatorios.

Historically, the working class is manifested in search of improving human and labor rights, here are presented situations of discrimination and labor mobbing, treatment agreements of the year 56' and studies of the 80s'respectively. Both figures draw similarities, a compatible legislative application and a perverse objective in common; achieve the worker's abandonment. The objective is to seek and disseminate the legislation that protects the human and labor rights of the people who suffer from these scourges, which is why the terms discrimination and mobbing, relevant aspects of equal employment, in search of possible paths of solution. With a legislative description of various areas and highlighting the principle of progressivity that protects human rights and labor, with the aim of providing the necessary legal tools to address these situations, addressing various legal issues that can be exercised by an affected worker, jurisprudential approaches and the evidentiary tools for specific cases, all within the framework of the repeal of discriminatory dismissal, which has left a legislative vacuum. The guideline of the proposal has been set with a solution based on analogy of the LCT, and the law of discriminatory acts.

ÍNDICE GENERAL

CAPITULO I

Mobbing y discriminación laboral.

1.0-	Introducción.	5.
2.0-	Aspectos generales del mobbing.	8.
2.1-	Concepto de mobbing.	8.
2.2-	Elementos característicos del mobbing.	9.
2.3-	Conductas que producen mobbing .	9.
3.0-	Discriminación en el ámbito laboral.	11.
4.0-	Mobbing y discriminación laboral: el vínculo jurídico	13.
5.0-	La igualdad de trato.	15.
a-	Protección jurídica:	15.
	Constitucional.	15.
	Tratados internacionales.	15.
	OIT.	15.
b-	La igualdad de trato en el derecho laboral	16.
6.0-	El derecho de trabajar.	17.
6.1-	Consideración del trabajo como deber.	20.
7.0-	El derecho a la salud en las relaciones laborales.	21.
8.0-	Aptitud laboral y conductas discriminatorias.	22.
9.0-	Libertad sindical y la discriminación.	22.
10.0-	Conclusiones.	24.

CAPITULO II:

Regulación jurídica.

1.0-	Introducción.	27.
2.0-	La derogación del despido discriminatorio.	29.
3.0-	Protección jurídica: mobbing y discriminación.	29.
4.0-	Instrumentos internacionales.	31.
5.0-	Regulación normativa específica.	34.

5.1-	La Ley de Contrato de Trabajo.	34.
5.2-	Protección jurídica de la Ley 23.592.	35.
5.3-	Inclusión del despido discriminatorio.	35.
6.0-	Ley de Asociaciones Sindicales.	37.
7.0-	Planteos frente a un despido discriminatorio.	38.
7.1-	Amparo en actos y despidos discriminatorios.	38.
7.2-	Reinstalación al puesto de trabajo.	
7.3-	La reinstalación al puesto de trabajo vs la libertad de contratar	40.
7.4-	Reparación del daño moral.	43.
8.0-	Conclusiones.	45.

CAPITULO III

Casos prácticos y aspectos procesales.

1.0-	Introducción.	47.
2.0-	Resolución de casos prácticos.	49.
2.1-	Discriminación en la selección de personal.	49.
2.2-	Discriminación por problemas de salud.	50.
2.3-	Despido discriminatorio por cambio de estado civil.	51.
2.4-	Despido discriminatorio de embarazada en periodo de prueba.	51.
2.5-	Despidos por razones ideológicas, opinión política y actividad sindical.	53.
3.0-	La nulidad del despido discriminatorio.	55.
4.0-	Formas de proceder frente a la discriminación y conductas de <i>mobbing</i> .	56.
5.0-	Las pruebas del <i>mobbing</i> y la discriminación.	57.
6.0-	Daños causados por conductas de <i>mobbing</i> y discriminación.	60.
a)	Daño moral.	60.
b)	Consecuencias personales para el trabajador.	62.
c)	Efectos familiares y conyugales.	63.
d)	Efectos económicos, laborales y profesionales.	64.
7.0-	Conclusiones.	65.

CAPITULO IV

Tendencias doctrinarias y jurisprudenciales.

Casos prácticos y aspectos procesales.

1.0-	Introducción.	67.
2.0-	Descripción y análisis de doctrina y jurisprudencia.	68.
2.1-	El derecho antidiscriminatorio en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.	68.
2.2-	Jurisprudencia y análisis en el ámbito nacional.	69.
2.3-	Jurisprudencia Española, Juzgado de lo Social de Vigo.	74.
3.0-	Lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales.	76.
3.1-	Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	76.
3.2-	El despido discriminatorio según doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.	78.
4.0-	Descripción y análisis del proyecto legislativo sobre violencia laboral.	80.
4.1-	Fundamentos.	81.
4.2-	Aspectos relevantes del proyecto legislativo.	83.
5.0-	Conclusión de cierre.	83
6.0-	Referencias bibliográficas.	87.
I)	Doctrina.	87.
II)	Legislación.	89.
III)	Jurisprudencia.	89.

1.0- INTRODUCCIÓN.

En el ámbito laboral, las personas se relacionan y forma vínculos, los cuales pueden ser de parentesco, amistades, de un buen trato, de amabilidad, de alegría, o en su defecto y en muchos casos, éstas relaciones pueden tornarse hostiles, de malos tratos, de discriminación, de violencia desde lo psíquico hasta lo físico, con consecuencias emocionales que cambian a la persona en lo más profundo de sus sentimientos y en la forma de relacionarse en su entorno, con las personas dentro y fuera del ámbito laboral. El maltrato psicológico, y diversas formas perversas de tratos en el ámbito laboral, son hechos sensibles que perturban el ánimo de los trabajadores, destruyéndolo psíquica y emocionalmente,

Los acciones discriminatorias, de mobbing y violaciones a los derechos humanos, que finalizan con despidos arbitrarios sean directos e indirectos, son temas actuales e históricos en el escenario de las relaciones laborales. En nuestro país las asociaciones obreras comienzan a surgir desde el año 1.867, los gráficos, seguidos por panaderos, maquinistas y fogoneros ferroviarios, etc. Surgen en el año 1.874 los primeros conflictos que derivarían en huelgas, la historia demuestra que desde hace más de 144 años los movimientos de trabajadores luchan para proteger y ampliar sus derechos laborales. En esta oportunidad la dinámica del derecho laboral nos coloca frente a nuevos retos, frente a la incesante lucha obrera, se presenta un capítulo silencioso, el mobbing, la discriminación y conductas arbitrarias, relacionadas en el ámbito laboral. En la actualidad el objetivo es brindarle conocimientos claros, precisos y sintéticos a la sociedad laboral, sobre la protección legal a los distintos embates arbitrarios relacionados con las conductas del mobbing y discriminación laboral. Conocer y difundir los derechos que le asisten a todo trabajador, contribuirá a brindar mayor protección e integridad personal y psicofísica, identificando las conductas arbitrarias, y aspectos procesales para resolver de la forma más clara, precisa y sistemática a través de la legislación protectoria que les asiste, en cada uno de los diferentes casos, dentro de las posibilidades de sistematización, en los que tienen lugar aquellas conductas y/o hechos relacionados al mobbing y conductas discriminatorias, aquellos actos que cosifican la dignidad moral, psíquica y personal de los trabajadores.

El principio laboral de “progresividad”, implica que el derecho de los trabajadores no tenga normas regresivas que atenten al orden público laboral e impone el deber que cada cambio normativo, aumente progresivamente la tutela jurídica de los derechos. Todo tipo de violencia,

discriminación, maltrato, es rechazable y trabajar para erradicar esta clase de conductas sería una contribución de los operadores jurídicos y una retribución a la justicia social.

Abordando distintas clases de despidos discriminatorios; despidos por móvil de religión, enfermedad, activistas sindicales, embarazo, matrimonio, periodo de prueba, etc. Conductas de hostigamiento psicológico y maltrato, el “mobbing laboral”. En ellos se analizara los diferentes fallos de la jurisprudencia, doctrina, estos planteos se acompañaran de la legislación a nivel nacional e internacional, de esta manera se expondrá la legislación específica que tiene aplicación, citando el art. 14 CN, el 14 bis de la CN, incorporado en la reforma constitucional del año 1.957, el que garantiza el tratamiento igualitario en la remuneración de los trabajadores por igual tarea, el art. 16 de la CN, afirma la igualdad de las personas ante la ley en situaciones similares. Se estudiara la protección jurídica que ofrece la Ley Laboral 20.744, relacionados al trato igualitario y la prohibición de hacer discriminaciones a los trabajadores. La Ley 23.592 de Actos Discriminatorios, de alcance general y aplicable a las relaciones laborales, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, etc. Los tratados y declaraciones internacionales referidas a los derechos humanos, tratados de la OIT, se describirán y analizaran, fallos y doctrina destacada en el ámbito de la materia de estudio.

Dentro del ámbito laboral, existen prácticas violatorias de derechos humanos, así es como una trabajadora de un supermercado, se desempeña en la línea de cajas (cajera), a raíz de un cambio en la línea de mando jerárquico, un supervisor (encargado) y superior en mando a ésta cajera, comienza a solicitarle tareas extras (fuera del ámbito de caja), solicitando que haga tareas de limpieza en horario de entrada (horario que no circula demasiado público). La tarea fue realizada (limpieza) y a su vez también seguía haciendo las tareas de cajera.

La tarea era más dificultosa, porque debía estar cubriendo dos zonas (limpieza y caja), comienza un trato más tenso, un tono de voz más elevado del superior y solicitando que no se demore en venir cuando hay gente en cajas, porque sus compañeras no dan abasto a cobrar. La situación se torna más complicada, porque en línea de caja debía solicitarle cambio, (al encargado), es así como el encargado no tarda en recriminarle y decirle que le pida cambio antes, porque a la gente no le gusta esperar, se advierte que comienza a ser hostigada y criticada, haciendo tareas de limpieza, se le reitera verbalmente que no se demore en cobrar, que pida cambio antes (inclusive delante los propios clientes).

Hecho y situaciones que con el correr de los meses se siguen agravando, el hostigamiento psicológico (*mobbing*) que recibe ésta empleada se profundiza, los malos tratos son más frecuentes y delante de sus compañeros de trabajo y clientes, el superior le hace un reparto de tareas a diario y le recrimina siempre estar haciendo algo mal, constantemente.

Sin lugar a dudas estas situaciones configuran *mobbing* y discriminación laboral, por un lado el hostigamiento psicológico, por el otro lado un trato diferente con relación a propios compañeros, situaciones que ponen en riesgo la continuidad laboral de la empleada, ella padece una profunda angustia, a su vez no sabe como proceder, en ocasiones piensa en renunciar, pero a su vez la decisión no es fácil, porque estaría renunciado como consecuencia del trato de su superior y en forma antojadiza, violatoria de los derechos de toda persona, el derecho a trabajar y desempeñarse en un ambiente sano, en el cual pueda desempeñar su capacidad psicofísica.

Utilizando el método descriptivo, se abordaran diversas leyes y situaciones del ámbito laboral, en la que se exponen diversas situaciones en las que se aborda el *mobbing*, la discriminación y distintas situaciones de violación a los derechos humanos, con el objetivo de investigar las propiedades y factores de mayor relevancia. A través de la metodología descriptiva se detallaran situaciones y eventos, es decir cómo se manifiesta y abordar las propiedades del mismo.

El rol del estado, es clave en la problemática planteada, porque el mismo cuenta con los medios idóneos y aptos para programar políticas educativas, de control y de penalización, con el objetivo de combatir conductas costumbristas, prejuiciosas que dan origen al *mobbing* y a la discriminación, problemas extensamente planteados en la temática de marras. Desde esta perspectiva y analizando la conveniencia de una política estatal, empresarial y social cuyo objetivo sea pluridisciplinario, con participación e integración de áreas, como la sociología, educación, política, jurídica, empresarial, legislativa, sindical, gremial, etc. En la cual se haga el abordaje a la problemática del *mobbing* y discriminación laboral, identificando el marco legal protectorio, aspectos procesales, análisis de doctrina y jurisprudencia, buscando alternativas de solución a los problemas laborales y sociales aquí planteados.

2.0- ASPECTOS GENERALES DEL *MOBBING*.

Cuando la violencia generada por una persona o grupo de personas se dirige al desequilibrio o destrucción de la psiquis de otra u otras, estamos en presencia de lo que en la actualidad se conoce como acoso psicológico o *mobbing*. Pero para alcanzar el daño indicado es preciso que quien lo quiere perpetrar persevere en el tiempo, y allí es donde su objetivo seguramente será alcanzado.

Al *mobbing* también se lo denomina acoso moral; sin embargo, tal como opina Piñuel, la denominación "...acoso moral, que se usa a veces, es abiertamente incorrecta. No se trata de acoso a la moral o a la ética o a las buenas costumbres de la víctima". "Si tuviéramos que calificar este tipo de acoso deberíamos decir más bien acoso inmoral" (Piñuel, 2003, p. 64).

"A mi juicio, tampoco es correcta tal denominación, en tanto es redundante, ya que de por si todo acoso es inmoral. Por lo tanto la denominación más precisa es la de acoso psicológico" (Gonzalez Pondal, 2012, p. 4).

2.1- CONCEPTO DE *MOBBING*.

El "mobbing" es definido como:

El fenómeno en el que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistémica y recurrente, al menos una vez por semana, y durante un tiempo prolongado, más de seis meses, sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo (Abajo Olivares, 2006, p. 8).

Conclusión: el *mobbing*, es un acoso psicológico, una violencia psíquica y física, o ambas formas en conjunto, efectuada por una o más personas, hacia otro o grupo de personas, cuyo objetivo es lograr que abandone el trabajo, además de producir daño moral y/o psicológicos en la víctima.

2.2- ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL *MOBBING*.

Los agresores: “una persona o grupos de personas...”. En efecto, si bien tenemos una idea preexistente de que el abusador actúa en solitario, esto no es así necesariamente. Podemos encontrar supuestos en que sea una parte del grupo, o el grupo en su totalidad, el que ataque u hostigue a una persona.

La acción: “ejerce una violencia psicológica extrema...”. En este sentido, bien podemos utilizar la definición que de “acoso psicológico” hace José Luis González de Rivera en su obra citada: “Amenazar, criticar, ridiculizar, acechar, perseguir a una persona, inducir en ella sentimientos negativos como miedo, desánimo, preocupación, crearle inseguridad, interferir en su dinámicas mentales, dificultar la realización de sus actividades y tareas, sobrecargarle con exigencias y expectativas que no puede cumplir”.

El factor tiempo: El factor “tiempo” se convierte, sin duda, en uno de los elementos fundamentales a la hora de considerar un fenómeno de *mobbing*. No se trata de un incidente aislado. El acosador, el hostigador, ataca a su víctima de manera recurrente y sistemática. Se trata de una víctima elegida, seleccionada. No se trata de un conflicto aislado, ni de un incidente anecdótico o anodino. Se trata de una tarea sistemática que, a juicio de Leymann, debe llevarse a cabo al menos una vez por semana y durante un tiempo prolongado¹.

2.3- CONDUCTAS QUE GENERAN *MOBBING*.

En nuestro interés de lograr un interés por aquellas conductas que generan *mobbing*, debemos acudir a Leymann², quien describió una serie de actividades o conductas características de *mobbing*.

Las conductas descritas por Leymann pueden clasificarse en “cinco grandes grupos”, las cinco maniobras principales para destruir a un buen profesional. Cada uno de estos grupos ataca o intenta atacar un aspecto diferente de la víctima, pero con un objetivo o dirección común: la destrucción moral, psicológica y laboral de la víctima.

¹ABAJO OLIVARES F. (2006). *Mobbing, acoso psicológico en el ámbito laboral* (2ª Ed). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina S.A.

² Leymann, Heinz, *Mobbing. La persecución...*, cit... ps. 42/43.

GRUPO A: aquellas que afectan y limitan la comunicación. Se trata de actividades dirigidas a reducir o alterar deliberadamente las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluido el propio acosador.

Se trata de un intento de aislar a la víctima restringiendo de manera deliberada los canales de comunicación que hasta ese momento venía utilizando. Esta imposibilidad de comunicación genera en la víctima una situación de impotencia y le impide verbalizar qué le pasa ni buscar explicaciones o analizar las causas del conflicto mediante el diálogo.

En caso de que exista diferencia jerárquica entre acosador y víctima, a favor del primero, el acosador impone con su autoridad aquello que puede o no decirse, mientras que habitualmente y por otro lado se le niega a la víctima cualquier posibilidad de hacerse oír o de expresarse.

GRUPO B: Aquellas dirigidas a *limitar o alterar su contacto social*. Se trata de actividades de acoso dirigidas a aislar a la víctima, impidiéndole o evitando la posibilidad de mantener contactos sociales.

El objetivo es obtener una especie de “ostracismo” de la víctima, incluyendo, en el caso de medidas de tipo organizacional, el aislamiento físico (puestos de trabajo aislados o alejados del resto, con los que no tiene posibilidad de contacto directo), o lo que algunos autores han dado en llamar el “ninguneo” (hacer que la víctima “desaparezca” aunque este físicamente presente). Puede dirigirse a eliminar o restringir las fuentes de información.

GRUPO C: Actividades dirigidas a *desacreditar a la víctima* o impedirle mantener su reputación personal o laboral. Para ello se acude a bromas –obviamente malintencionadas-, calumnias, rumores, burlas, ataques a sus valores o creencias, etcétera.

GRUPO D: Actividades dirigidas a *reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad, mediante la desacreditación profesional*. Obviamente se trata de comportamientos íntimamente vinculados a la escala jerárquica y la situación de poder del acosador dentro de la organización.

Para ello podemos encontrar comportamientos que van desde la asignación de tareas muy por debajo o muy por encima de sus capacidades, o mantenerle en un estado de “no actividad”, hasta la crítica despiadada de sus tareas, marcando o magnificando errores mínimos, despreciando sus capacidades o habilidades profesionales.

GRUPO E: Actividades o comportamientos que afectan directamente a la salud física o psíquica de la víctima.

Evidentemente, la presencia circunstancial o aislada de una o más de estas conductas no nos indicara, necesariamente, que nos encontramos ante un supuesto de *mobbing*. Recordemos precisamente que dos de las principales características del mismo eran la repetición (al menos durante seis meses)³.

Conclusión: el *mobbing*, lo configuran los malos tratos verbales, físicos, el silencio y evasivas a las preguntas, la falta de comunicación y aislarle la comunicación con compañeros, reproches injustificados, no impartirle directivas y dejarlo sin actividad, críticas constantes, los descréditos hacia la persona, etc.

3.0- DISCRIMINACION EN EL AMBITO LABORAL

La discriminación constituye el trato diferenciado del empleador hacia el trabajador o trabajadores, que no responde a razones objetivas y que lo coloca en inferioridad de condiciones respecto del grupo, produciéndole un perjuicio real o potencial, de orden material o moral, durante todas las etapas de la relación laboral.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en el artículo 7°, aparece por primera vez la palabra “**discriminación**” vinculada “*a la igualdad ante la ley*”, cuando se afirma que todos “sin distinción” tienen derecho “a igual protección contra la discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación...”⁴. KARPIUK, H. (2011), *Discriminación y despido en el ámbito laboral*.

Para la OIT el término discriminación laboral, según la definición contenida en el art. 1° del Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. El mencionado convenio, ha sido ratificado por la República Argentina mediante Ley N° 11.677. El “derecho a no ser

³ABAJO OLIVARES, F. (2006). *Mobbing Acoso Psicológico en el ámbito Laboral* (2ª Ed.). Buenos Aires. Lexis Nexis Argentina.

⁴ KARPIUK, Hector. (2011), *Discriminación y despido en el ámbito labora* (1ª Ed.). Buenos Aires: David Grinberg Libros Juridicos.

discriminado que es una especie dentro del género derechos **humanos**", tiene entidad como valor jurídico autónomo y en materia laboral hace jugar otros derechos esenciales como el de libertad de contratar y de propiedad del empleador por un lado, con el de trabajar y ejercer actividad lícita, así como el de igualdad de oportunidades del trabajador, asociado a su libertad personal⁵.

Las discriminaciones perniciosas conllevan un desprecio hacia ciertas características del trabajador que intentan menoscabar la contraprestación y que generalmente tienen repercusiones en el salario o en el trato dispensado, alterando la moral, del trabajador, dado que su fuero interno queda indisolublemente afectado por el trato discriminatorio (SAMUEL, 2012, p.57).

A continuación se presenta el caso de una trabajadora, que fue despedida por desempeñar tareas activas sindicales, de representación de mujeres dentro de una empresa, esta trabajadora no había sido electa como dirigente gremial, pero los testigos confirmaron su actuación en representación de los derechos de las trabajadoras mujeres.

El tribunal de alzada confirmó la sentencia de primera instancia, donde el juez de primera instancia consideró que la empleadora había vulnerado el principio de libertad sindical, al disponer el despido de la trabajadora. Si bien esta no había sido electa como dirigente gremial, los testigos dieron cuenta de su actuación en tareas sindicales en defensa de los derechos de las trabajadoras mujeres, que no tenían representación específica en la comisión interna, del conflicto que involucra a la empresa y su personal a partir del despido de un grupo de trabajadores (lo que motivó una serie de medidas de acción directa), de la activa participación de Balaguer en la misma y la presión hacia el resto del personal por parte de la empresa para aislar a los trabajadores que mantenían las medidas de fuerza. A su vez la demandada meramente hizo vagas referencias al ..." bajo desempeño..." de la trabajadora para fundar su despido, en flagrante contradicción con lo dispuesto en el Art 243 LCT y ninguna prueba aportó en este sentido.

El juez de primera instancia hizo lugar a la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo y también condenó a la demandada al pago de los salarios caídos hasta la efectiva reincorporación de la trabajadora coma fundando en la ley mencionada y la cámara nacional de apelaciones del trabajo confirmó tal decisión.

⁵Gregorini Clusellas, Eduardo L., Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos, L.L., 2003 B. pág. 970.

En su voto en el referido fallo, el Dr. Juan Carlos Fernández Madrid, señaló que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución nacional art. 14 bis y 16, por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044, código civil), produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 del mismo cuerpo legal), por lo que es obvio que el perjuicio debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083, Cód. Civil). Por ello el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados. El régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales⁶.

Conclusión: en el año 1948, se legisla por primera vez sobre discriminación en el ámbito laboral, buscando protección para los trabajadores y se vincula el término a la “igualdad ante la ley”. Nuestro país ratifica el convenio OIT N° 111, el cual condena la discriminación en el empleo, y entendemos que la discriminación crea el peligro real en lo económico y moral para el trabajador y el entorno íntimo más cercano del mismo, razón por la cual el empleador que ha discriminado a su personal, debe reparar los daños morales y materiales ocasionados.

4.0- MOBBING Y DISCRIMINACION LABORAL: EL VINCULO JURIDICO.

Al tratar ambas figuras, debemos comenzar trazando un paralelismo y la protección que debe aplicarse a ambas figuras que son violatorias de los derechos humanos.

Al hablar de *mobbing*, hemos hecho referencia al ataque psicológico y en ocasiones físico, perpetrado hacia una o más víctimas en el ámbito laboral, y aquí debemos resaltar que al especificar una o más víctimas, hacemos referencia a una selección de persona o personas, es decir la violencia extrema psicológica o física ha seleccionado la o las víctimas. Aquí encontramos que la figura de *mobbing*, violatoria de los derechos humanos encuadra en el Convenio N° 111 de la OIT, el cual protege a los trabajadores de actos discriminatorios al expresar: “cualquier distinción, exclusión o preferencia...”. “...que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

⁶ CNAT. Sala VI, “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina SRL”. 10/03/2004.

Aquellas conductas que afectan y limitan la comunicación del trabajador, las que alteran y limitan el contacto social, son propias del *mobbing*, al afectar la comunicación y contacto físico, se alteran las posibilidades de desenvolverse y desempeñarse adecuadamente en su ámbito laboral, claramente se discrimina aquel trabajador con esta clase de limitación, se afecta su “derecho a trabajar”, consagrado en la CADH⁷, Art. 14. “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas”. También se afecta y violan los derechos consagrados en el art. 29, “el deber que toda persona tiene hacia las demás de convivir de modo tal que cada uno pueda desenvolver íntegramente su personalidad”, el hostigamiento psicológico y moral que provoca el *mobbing*, provoca que la víctima no pueda desenvolverse en plenitud en su trabajo, porque recibe reproches, injurias, bromas, aislamiento, etc. Por su parte el art. 5 indica, “todas las personas tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Claramente si una persona es víctima de discriminación o *mobbing*, cuenta con la protección en su faz, física, psíquica y moral.

La DUDH⁸, en su art. 4 y 5, expresa: “prohíbe los tratos crueles, inhumanos, degradantes, violencia física o verbal, hostigamiento psicológico, la discriminación en todas sus formas”, aquí vemos un claro ejemplo de paralelismo entre *mobbing* y discriminación, pero el término *mobbing*, aparece implícito dentro de aquellas conductas de tratos crueles, inhumanos, degradantes, de violencia física o verbal, hostigamiento psicológico.

La ley 20.744, de Contrato de Trabajo, en su art. 81, garantiza la igualdad de trato, por lo que se condena las acciones de *mobbing* y discriminación y la ley 23.592, de Actos Discriminatorios, al expresar, “quien impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe...” “...”derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución”. Claramente la ley fue dirigida a actos discriminatorios, pero es de aplicación a aquellas conductas descriptas que generan *mobbing*, ejemplos: limitar o alterar las comunicaciones, limitar el contacto social, desacreditar a la víctima, reducir la ocupación de la víctima, etc. Son un claro ejemplo de aquellas conductas encuadradas en la ley 23.592 que impiden, obstruye o restringe, derechos fundamentales Constitucionales y de tratados Internacionales con jerarquía constitucional introducidos en la reforma constitucional de 1994, a través del art. 75, inc. 22. Por lo que toda afectación a aquellos derechos humanos conducen a ser actos y conductas reprochables y violatorios de los derechos humanos y fundamentales de las personas.

⁷ CADH: Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia, 1948).

⁸ DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

5.0- LA IGUALDAD DE TRATO

a) Protección jurídica: Constitucional, Tratados Internacionales, OIT.

En la reunión anual de la OIT de 2011, la Mesa Redonda sobre el Informe Global concluyó que “la igualdad en el trabajo es un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”⁹.

La concepción de trato equitativo de los trabajadores sugiere un fundamento más allá del legal. Se esgrime una idea social que sustente la meritación.

El trabajo es una fuente de dignidad. El espíritu del hombre, que engalana su esfuerzo, debe mantenerse activo, lo cual no implica arrogancia, sino orgullo por la tarea realizada. De ninguna manera puede admitirse menoscabo, desprecio o directamente su negociación. Quienes creemos profundamente que el derecho del trabajo no solo regula la relación entre obreros y empleadores, sino que contribuye a la paz social que deben implicar estas relaciones, como contribución a la unión nacional, para *“afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”* (Preámbulo, Const. Nacional), debemos bregar y exhortar el trato equitativo entre los hombres que trabajan.

El enunciado del art. 16 de la carta magna, en cuanto a que *“todos los habitantes son iguales ante la ley”*, no describe un hecho empírico; trata sobre lo que debería ser¹⁰, una aspiración deseable, pero de difícil concreción, en tanto no todos los ciudadanos se encuentran en las mismas circunstancias de hecho. “Hablar de igualdad supone contestar dos preguntas: entre quiénes y en qué”¹¹, es decir necesitamos determinar en qué categoría de personas opera la igualdad y sobre qué cuestiones. Así, la igualdad se aplica “a todos los miembros de una clase determinados por ciertos criterios relevantes” (Ross, 2010, p. 335).

El art. 16 de la Const. Nacional establece una igualdad formal, jurídica, aspiracional, garantista entre todos los ciudadanos de la República respecto de los derechos y garantías que aquella declara. En cambio, los hechos, la vida cotidiana, las reglas de la experiencia nos acercan a otra arista de la igualdad y tal vez la más importante; la igualdad real o, con mayor precisión, las desigualdades reales, que la ley formal intenta compensar mediante

⁹ OIT, 11/6/11, www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/events/global-report-panel-discussion/lang-es/index.htm

¹⁰ Guibourg, Teoría general del derecho, p. 23.

¹¹ MossetIturrase, *Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación*, “Revista de Derecho Laboral”, 2008-2, con cita de Bobbio.

contemplaciones concretas para situaciones que reclaman otro tratamiento, para así alcanzar la igualdad de trato en desiguales circunstancias¹².

Bidart Campos denomino “Bloque Federal Constitucional” al integrado por el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otras (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional)

“En síntesis, la discriminación arbitraria viola un derecho personalísimo y humano, como lo es el derecho a la igualdad, protegido por las convenciones internacionales a las que hemos hecho referencia”(KARPIUK, 2011, P. 35).

b) La igualdad de trato en el derecho laboral.

“La igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que depara a los hombres” (Bidart Campos, 1989, p. 383/384). La ley pretende que exista igualdad y establece directivas para ello (v.gr., art. 17 y 81, LCT), pero no siempre estas directivas son aplicadas correctamente.

Podemos coincidir en que se refiere a un principio que está consagrado en varias normas del régimen laboral; asimismo, es una garantía constitucional o supra legal, en función del art. 75, inc. 22, de la Const. Nacional y convenios que contemplan este derecho fundamental.

La igualdad de trato en el ámbito laboral traería aparejada la colaboración equitativa en las asistencias necesarias para las prestaciones de tareas, solidaridad en las diferencias y buena fe en la apreciación de la colaboración y la solidaridad. Es decir, un equilibrio solidario entre deberes y obligaciones del contrato específico que une a las partes.

La CIDH¹³, en su art. 24, establece que todas las personas son iguales ante la ley¹⁴. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

La CEDH, en su art. 14, establece la prohibición de hacer discriminaciones, asegurando el goce de los derechos y libertades sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza,

¹²SAMUEL, O. (2012). *Discriminación Laboral* (1ª Ed.).Buenos Aires: Astrea.

¹³ Comisión interamericana de derechos Humanos

¹⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

color, lengua, religión opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación¹⁵.

El convenio OIT 111¹⁶, ratificado por la República Argentina mediante ley 11.677, define en su art. 1º que la discriminación es cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, así como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, así como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con los organismos apropiados.

El convenio OIT 100¹⁷, dispone que la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo¹⁸.

“La igualdad de trato, entonces, sería la cualidad de una relación jurídica laboral, donde los trabajadores son tratados con equivalencia de posibilidades, en función de su idoneidad, laboriosidad o eficiencia justamente apreciada” (Samuel, 2012, p. 21).

6.0- EL DERECHO DE TRABAJAR

“Siendo el trabajo un derecho y un deber, corresponde a la sociedad organizada, esto es, al Estado” (Sciacca, 2005, p. 29).

Sobre el “derecho de trabajar” encontramos las siguientes menciones en los instrumentos internacionales considerados:

¹⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4/11/50

¹⁶ Convenio N° 111, OIT, Relativo a la discriminación de empleo y ocupación B.O. 18/06/1956.

¹⁷ Convenio N° 100, OIT, Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor B.O. 24/09/1956.

¹⁸ Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trato de igual valor, Ginebra Suiza. Fecha de entrada en vigor: 23/5/53.

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Art. XIV: “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo...”;

b) Declaración Universal de Derechos Humanos. art. 23: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo...”;

c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 6°: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”;

d) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Art. 5: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2° de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes [...] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular [...] i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajar, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...”

Éstas cláusulas deben ser analizadas en su vinculación con el derecho de trabajar ya reconocido por el artículo 14, CN, cuando declara: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...”, y con lo normado por el artículo 14 bis, que agrega como directiva específica que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”

El derecho de trabajar se relaciona, en su aspecto positivo, con la libertad personal de cada uno de elegir la actividad profesión u ocupación en la cual se va a desempeñar, ya sea en

relación de dependencia o independientemente (por cuenta propia), para obtener los medios para su subsistencia, y en su aspecto negativo, con la facultad de no trabajar¹⁹.

Por ello se considera que el derecho de trabajar implica, primariamente, la disponibilidad individual de elegir libremente una actividad y que la libertad de contratar impide obligar, tanto al empleador como al empleado, a celebrar un contrato de empleo y a celebrarlo con persona determinada²⁰, y la jurisprudencia ha meritado que la renuncia al empleo para dedicarse a otra actividad se inserta dentro del marco fundamental del derecho a trabajar del artículo 14, CN, que supone un espectro amplio de libertad para trabajar y para elegir el ámbito de desenvolvimiento de la actividad productiva y creativa²¹.

La doctrina nacional, ya antes de la reforma constitucional de 1994, ha interpretado la garantía del artículo 14, CN, como el reconocimiento del derecho a la libre elección del trabajo, y no como un derecho de un particular, en esas condiciones, a reclamar empleo al Estado²².

A nivel jurisprudencial la Corte Suprema en igual sentido ha dicho que: “no existe duda alguna de que la Constitución Nacional consagra ampliamente el derecho de trabajar (art. 14 CN) y declara su protección de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio, las que deben asegurar las condiciones enumeradas en el artículo (14 bis CN). Contrariamente a lo que parece inferirse del escrito inicial, ello no significa –ni ha significado en la historia constitucional argentina durante la vigencia del texto de 1949 ni tampoco tras la reforma de 1957- asegurar un derecho subjetivo individual a que el Estado le proporcione un trabajo al habitante que lo solicite [...] La protección reconocida consiste en un deber genérico del Estado de promover las condiciones sociales y económicas de la comunidad de manera de posibilitar a todos los habitantes el ejercicio del derecho de trabajar. Si los medios que arbitra no se adecuan a los fines cuya realización procura o si consagran una manifiesta inequidad, son susceptibles de ser cuestionados sobre la base del derecho que tutela la Constitución (doctrina de fallos: 299:428; 303:1674 y otros)”²³.

¹⁹ LIVELLARA, C. (2003). *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la constitución reformada*. (1ª Ed.). Santa Fe: RubinzalCulzoni.

²⁰ Conf. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino* cit., 2001, t. I-B, p. 474

²¹ CNAT, sala VI, 2-5-2001, Colegio Modelo Buenos Aires SRL c/Trapani de Giannicola, Araceli M. D:T: 2002-285, con nota de POSE, Carlos, *La renuncia al empleo como manifestación constitucional del derecho a trabajar*.

²² Conf. BIDART CAMPOS, *Principios constitucionales...* cit., p. 489; SAGÜES, *Constitucionalismo social* cit., p. 805

²³ CSJN, 24-11-92, Aranda c/Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial s/Amparo, L.L. del 2-6-93, y D.T. 1993-1236, con nota de POSE, Carlos, *El derecho de trabajo bajo la óptica constitucional*.

Conclusión: el derecho a trabajar, es un derecho esencial de todas las personas que habitan nuestro territorio, no debe ser cercenado por practicas abusivas, tratos desmedidos, (*mobbing* y discriminación) toda conducta que menoscabe el mencionado derecho es violatoria de derechos humanos, elementos básicos y fundamentales como el trabajo, el que dignifica a la persona humana y le da sustento económico, espiritual y familiar.

6.1- CONSIDERACIÓN DEL “TRABAJO COMO DEBER”.

Este aspecto fue incluido expresamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que fija el siguiente principio: “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”. En el Preámbulo de esta Declaración se fundamenta el sentido de establecer como contracara de los derechos del hombre los deberes del mismo. Al respecto se dice: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se entregan correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad...”²⁴.

¿Cuál es el alcance que debe darse a la cláusula que alude al *deber de trabajar*...? Para Rafael Caldera, el principio de la libertad de trabajo se complementa con los postulados del trabajo como deber y como derecho. Por ello considera que “el deber de trabajar se afirma, sobre todo, en sentido moral”, con el propósito de “contribuir al progreso de la sociedad mediante el esfuerzo personal de cada uno, sólo que por el trabajo en este caso no se puede entender solamente el trabajo manual, sino el trabajo en todas sus formas, desde el de un profesor en su cátedra hasta el de un obrero en el fondo de una mina, pasando por el de una madre en su hogar”²⁵.

Independientemente del sentido que puede revestir para determinadas ideologías o en otros Estados, en la evolución y consolidación actual de las instituciones democráticas de

²⁴ En el Capítulo Segundo de la Declaración se consignan en 10 artículos los siguientes deberes: ante la sociedad, para con los hijos y los padres, de instruirse, de sufragio, de obediencia a la ley, de servir a la comunidad y a la patria, de asistencia y seguridad social, de pagar impuestos, de trabajar, de abstenerse de actividades políticas en el extranjero, las que de acuerdo a la ley sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero.

²⁵ CALDERA, R. *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1957, p. 178.

nuestro país, consideramos que debe interpretarse el “deber” de trabajar, a partir del trabajo como función social, como un deber de ético más que jurídico, derivado de la solidaridad social que todos debemos tener hacia nuestros semejantes y hacia la comunidad, pero no como correlato de una atribución del Estado a compeler a un individuo al trabajo no aceptado libremente, que a la par de implicar una vuelta a formas esclavizantes, implicaría la necesidad de montar un aparato policial para controlar esta forma de trabajo no querida voluntariamente.²⁶

7.0- EL DERECHO A LA SALUD EN LAS RELACIONES LABORALES.

La garantía del “derecho al trabajo”, en una de sus facetas (el acceso al empleo), mediante la realización de un test de aptitud laboral compatible con las tareas a desempeñar (en el concepto genérico del término), que –evitando toda posibilidad discriminatoria por razones de enfermedad- adecue el puesto de trabajo ofrecido a la categoría profesional y capacidad laboral del trabajador.

Los exámenes médicos en salud, sustancialmente los pre ocupacionales y periódicos, constituyen una herramienta indispensable del médico del trabajo, el secreto profesional y la intimidad del trabajador.

Aquí se entrelazan salud pública y salud ocupacional; el trabajador, básicamente como ciudadano, titular del derecho subjetivo a demandar la tutela estatal del “derecho a la salud” debe contar, a la sazón, con una única fuente informativa sanitaria, a manera de historia clínica universal, desde su nacimiento (*rectius*: desde su gestación), que se integrará con la salud ocupacional.

Ello permitirá al médico del trabajo, en la etapa laboral de la persona, una evolución integral de la salud, a nivel salud pública, a la vez que facilitar el acceso al puesto de trabajo requerido por el postulante, compatible con sus condiciones de salud (capacidad laboral). La vigilancia de la salud será, con posterioridad, otro instrumento indispensable (en lo sustancial, exámenes periódicos y control de riesgo laboral)²⁷.

²⁶ Conf. EKMEKDJIAN, Miguel, *Tratad de Derecho de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, p. 12.

²⁷ OIT, *Principios directivos técnicos y éticos relativos a la vigilancia de la saludde los trabajadores, 1998, directrices técnicas internacionales*, www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/spanish/download/soooo17.pdf.

La ley de datos personales 25.326²⁸, por definición legal, se refiere a la información de cualquier tipo, respecto de personas físicas o de existencia ideal, determinadas o determinables, definiendo los llamados “datos sensibles” como los datos personales que revelen origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o política o información referente a la salud o a la vida sexual (arts. 1° y 2°).

8.0- APTITUD LABORAL Y LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS

Nuestro más alto tribunal tiene dicho que “toda restricción o limitación al derecho del trabajo, en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus VIH no afecten *concretamente las aptitudes laborales* o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acorde a la *aptitud del agente*, ni comprometan la salud de terceros, constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos”²⁹.

Mediante “un fallo singular” –como decía Aristóteles en su ética nicomaquea³⁰– la justicia puso de relieve, como facetas sociales ejemplificadoras, el *deber de colaboración de la empresa*, y el *principio de solidaridad social*, ínsita en un mínimo de dignidad de la persona humana.

“El derecho al trabajo y el derecho a la salud, como derechos sociales fundamentales, constituyen soporte jurídico del principio de no discriminación (en el caso por razones de enfermedad)” (Fanjul, 2013, p. 64.)

9.0- LIBERTAD SINDICAL Y LA DISCRIMINACION.

Dentro de los principios tutelados de un sindicalismo democrático, ocupa un lugar de preeminencia el de la libertad sindical. Por tal se entiende, al decir de Justo López, al “conjunto de poderes individuales y colectivos, que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad externa (actividad sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores” Lopez, (1.998, p. 81).

²⁸ Ley N° 25.326 de Protección de datos personales, B.O. 30/10/2000.

²⁹ CSJN, 17/12/96, “B., R. R. c/Policia Federal Argentina s/amparo”, LL, 1997-D-253.

CNTrab, Sala VII, 31/5/96, DT, 1997-A-497; íd., 14/8/12, “Villanueva, Arturo D. c/Obras Metálicas SA s/Despido”, elDial, AA7A29.

³⁰ ALTERINI, *Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces*, LL,2007-F-1344.

La libertad sindical puede ser considerada en su aspecto individual o colectivo según se refiera a los derechos sindicales de los trabajadores individualmente considerados o a los de los sindicatos ya constituidos.

Dado que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, luego de consagrar la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”, garantiza a los “gremios”: “concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”, y con relación a los representantes gremiales establece que “gozaran de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”, el principal aporte que brinda la constitucionalización de los tratados de derechos humanos es la reafirmación de los derechos derivados de la libertad sindical y la aplicación del Convenio 87 de la OIT.³¹

El art. 14 bis de la Constitución Nacional se dispuso que “...*los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*”.

También, tenemos que conforme el art. 8º, inc. 1, ap. “a”, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección y que conforme el Convenio N° 98 de la OIT *los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y que dicha protección debe ejercerse contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.*

Atento a todo ello, vemos que la ley 23.551³² establece un abanico de normas destinadas a proteger y tutelar la libertad sindical. Así podemos observar que se establece un procedimiento sumarísimo en su artículo 47 que puede aplicarse en todos los casos en que exista una conducta antisindical. También tenemos en su artículo 52 se regla un procedimiento especial que afecta su contrato de trabajo y que en el 53 se prevé en forma amplia diversas acciones que limitan,

³¹ LIVELLARA, C. (2003). *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la constitución reformada*. (1ª Ed.). Santa Fe: RubinzalCulzoni.

³² Ley N° 23.551 de Asociaciones Sindicales, B.O. 23/03/1988

excluyen u obstaculizan el ejercicio de la libertad sindical, por lo que podemos decir que dichas normas son la recepción en el derecho positivo de mandato constitucional antes indicado.

9.0- CONCLUSIONES

Las conductas que producen “mobbing” y “discriminación”, relacionadas al ámbito laboral, producen diversas violaciones a los derechos humanos, cuenta con protección jurídica de rango Constitucional. El mobbing consiste en una persecución y hostigamiento psicológico, que presenta una diversidad amplia de formas, que se perpetúa durante la relación laboral, en forma reiterada, al menos en un periodo mínimo de seis meses de duración, caracterizado, por violencia extrema; física, verbal, gestos, silencios, intolerancia, etc. Estos hechos pueden ejercerse por una un grupo de personas, hacia una o varias personas. La violencia y hostigamiento persecutorio, afecta física y psíquicamente a la víctima aislándola del entorno laboral, desacreditando su reputación personal.

La discriminación en el ámbito laboral, es definida como un trato diferenciado hacia el trabajador, la OIT, contempla motivos de raza, sexo, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. La discriminación consiste en una acción u omisión que produce un trato peyorativo de una a otra persona, puede tener origen sindical, gremial, la edad, la enfermedad, embarazo, matrimonio, salario, etc. Admite una amplia variedad ya que los listados no son taxativos. Analizando lo planteado, la diferencia con las conductas de *mobbing* y la *discriminación laboral*; en este último se hace un trato diferente a la víctima, que presenta diversos orígenes discriminatorios, los cuales padece el trabajador o aquellos que sin trabajar se encuentran con obstáculos discriminatorios en el momento de selección de personales. En los casos de *mobbing*, la víctima es perseguida, hostigada psicológicamente en la relación laboral. La finalidad en ambos institutos es oculta, y en nuestro interés, basado en la relación laboral, nos hace presumir, que el fin último es aislar, diferenciar, perpetrar la psiquis de la víctima y que la misma se sienta “*distinta*”, buscando de esta forma la salida del lugar de empleo.

Las consecuencias que producen el mobbing y la discriminación, son nefastas; se manifiestan en un rechazo, en una oposición, exteriorizándose con agresión verbal e internamente en un repudio espiritual interno y silencioso que guarda la víctima, sin trascendencia, por miedo a perder el empleo. Este rechazo configura una angustia interna para quien padece el acoso psicológico o trato diferente al resto; forman parte del daño aquellas

conductas que buscan producir el perjuicio en la persona y también el temor que padece la víctima en su faz psíquica, el saber que en el trabajo se encontrara con el empleador, superior, o compañeros, que ante su presencia, la misma causa un malestar, haciéndole un vacío en el silencio, trato peyorativo, diferente al de otros compañeros, haciéndolo sentir diferente al resto.

El acoso psicológico y trato diferente, traen aparejada la consecuencia del bloqueo de la personalidad, el no tener respuesta ante los pedidos de otras personas, aquellos pedidos que llegan con gritos, con malos tratos, a través de estas formas perversas de dirigirse a persona, la víctima comienza a quedar bloqueada, a actuar con nervios, a quedar sin respuestas, de ésta manera el acosador, busca desacreditar a la persona, haciéndola sentir inútil, porque estos malos tratos no permitirán que la víctima pueda desarrollar su actividad laboriosa con la dignidad que merece todo trabajador, entrando en un profundo estado de angustia y depresión psicológica, no encontrando respuestas al debate interno que se le presenta; seguir trabajando o seguir soportando el sufrimiento del hostigamiento psicológico y malos tratos.

Analizando la protección que brinda la Constitución Nacional, a los casos de “mobbing y de discriminación laboral”; la igualdad de trato, contenida en el art. 16 CN, tiene especial relevancia en el ámbito laboral, al establecer una igualdad formal, por lo tanto constituye una cualidad de la relación laboral, donde debe existir un trato en equivalencia de condiciones, de idoneidad, de posibilidades, de laboriosidad y eficiencia. La CSJN, se ha pronunciado a favor de la dignidad de los trabajadores, y ha expresado un claro repudio a las conductas discriminatorias, correspondiendo la reinstalación a la puestos de trabajo por aplicación del art. 1º de la ley 23.592, al ser compatible con la CN, art. 14, 14bis y 16.

El “derecho a trabajar”, art. 14 CN, es un derecho que “todos los habitantes de la Nación gozan...”, a su vez, el art. 14 bis CN, agrega: “el trabajo en sus diversas formas gozara de la protección de las leyes...”. Atento a lo expresado en la constitución Nacional, el estado debe garantizar el “derecho al trabajo”, a cada individuo sin distinción alguna, se debe considerar un trabajo digno, seguro, con posibilidades de desarrollo personal, estable. Actualmente es un punto que presenta gran dificultad y vigencia, porque presenta la virtualidad jurídica, el sustento de nuestra CN, de los Tratados Internacionales incorporados la misma, pero la dificultad práctica es enorme, tras las reiteradas violaciones a los derechos humanos analizados.

La reforma Constitucional de 1957, consagro “organización sindical libre y democrática”, asegurando a su vez una protección especial a los representantes gremiales para el cumplimiento

de su gestión. Los trabajadores gozan de adecuada protección contra actos de discriminación tendientes a menoscabar, impedir la libertad sindical. Lo que nos permite asegurar que la Constitución Nacional, desde su creación y posterior reforma del año 1.957, he incorporación de Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, ha brindado protección a la “discriminación laboral”, sea esta causa gremial, sindical, de activistas, etc. Por lo que encuadra tener en cuenta que gran cantidad de despidos y situaciones de despidos indirectos, deben ser calificados como arbitrarios, violarios de los derechos humanos consagrados por nuestra Constitución, conductas ilegales que deben ser condenadas.

CAPITULO II

Regulación jurídica.

1.0- INTRODUCCIÓN.

El derecho laboral es dinámico, en el cual se destaca el “principio de progresividad” a favor de los empleados, el cual amplía los derechos en beneficio de la clase obrera, evolucionando con el correr del tiempo, dando origen al “principio de igualdad ante la ley”, con el transcurso de los años, la progresividad del derecho laboral, incorporo el “principio de igualdad de trato”, desde un comienzo regulo la igualdad en el ámbito laboral, refiriéndose al trabajo de hombres y mujeres. Siguiendo con la evolución de los derechos de los trabajadores, años más tarde, a mediados del siglo XX, se comienza a legislar en miras de concretar el objetivo de evitar todo tipo de discriminación y malos tratos en el empleo.

El derecho laboral se ha ocupado de legislar para abolir aquellas situaciones de trato desigual arbitrario. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, en 1948, es donde nace, se expresa y comienza a gestar la protección contra la “discriminación”, vinculado con “la igualdad ante la ley”, expresando que todos sin distinción tienen derecho “a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

En nuestra constitución, el principio de igualdad de trato y no discriminación, se sustenta en el art. 16, y art. 14 bis, CN. Con la reforma constitucional de 1994, las garantías constitucionales se amplían en materia laboral, al asegurar el tratamiento igualitario y no discriminatorio; a través de las vías directas, con normas expresas incorporadas a la constitución reformada y a través de la vía indirecta, en el contenido de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22.

Los documentos internacionales incorporados a la reforma constitucional (art. 75, inc. 22, CN), se relacionan y protegen en forma amplia, el principio de igualdad de trato y no discriminación, a su vez existen convenios de la Organización Internacional del Trabajo, de aplicación específica sobre el tema, que han sido ratificados por nuestra país, los que hacen mención especial a la “discriminación en materia de empleo y ocupación”.

En el ámbito nacional, la Ley de Contrato de Trabajo, hace incorporación al principio de trato igualitario de los trabajadores y prohibición de hacer discriminaciones. La Ley 20.392³³, determina que no se puede establecer diferencias de remuneración, entre la mano de obra masculina y femenina, por un trabajo de igual valor. La Ley 23.551, prohíbe el trato discriminatorio que se relaciona con la asociación sindical y sus afiliados. La ley 23.592 de alcance general contra actos discriminatorios, es aplicable a las relaciones laborales y las leyes más recientes, Ley 25.013 y 25.212, incorporan el despido discriminatorio y sanciones a aquellos empleadores que tomen decisiones discriminatorias.

³³ Ley 20.392 de Prohibición de establecer diferencias de remuneración entre el trabajo femenino y masculino.

2.0- LA DEROGACION DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO.

La derogación de los art. 7 y 11 de la ley 25.013; la sanción de la Ley 25.877 en el año 2004, a través del art. 41, deroga los mencionados art. De la ley 25.013, ésta ley sancionada en el año 1998, había consagrado expresamente la figura del despido discriminatorio, en caso de probarse el despido por móvil discriminatorio, correspondía indemnizar al trabajador con un incremento del 30% y no se aplicaba el tope máximo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo.

De ésta manera se ha dejado al despido discriminatorio sin legislación, lo que deriva en una laguna legislativa, un vacío legislativo, el cual busca la sanción de una ley específica de legislación a hechos de despido discriminatorio y situaciones de *mobbing* que ocasionan la salida en forma directa o indirecta del personal de las empresas.

3.0- PROTECCION JURIDICA: MOBBING Y DISCRIMINACIÓN

En nuestra constitución, la protección jurídica a la igualdad de trato y no discriminación, tienen sustento en el texto originario de 1853. El art. 16 CN, refiere al “principio de igualdad” de la siguiente manera: “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. El art. 14 bis, introducido en la reforma del año 1957, impone el tratamiento igualitario en la remuneración, estableciendo el principio de “igual remuneración” por igual tarea.

Los derechos humanos o fundamentales del hombre se basan en ciertos principios que constituyen el núcleo de los valores permanentes del ser humano, y al ser el trabajo una expresión de la personalidad humana, los aspectos esenciales que hacen a su protección y dignificación forman parte de aquello. (Morgado Valenzuela, 1990, p.5).

La OIT cumple un rol fundamental en la defensa de los Derechos Humanos del trabajo, y contribuye al desarrollo del fenómeno de su internacionalización.

Para Rosenbaum Rímolo eso es el resultado de cinco factores: 1) porque cuenta con una red de mecanismos capaces de lograr la consagración y vigencia de los Derechos Humanos, como ocurre con su contribución en la elaboración de numerosos convenios y recomendaciones, que se traducen en compromisos internacionales asumidos por los estados miembros, lo que asegura una importante eficacia obligacional; 2) dichas normas cuentan con medios específicos para asegurar la efectividad de su ejercicio, así como la experiencia de la OIT en los problemas

de aplicación (diversos mecanismos de control; procedimientos de reclamación y quejas; instancias especiales para la denuncia de violación de derechos esenciales como la libertad sindical, etc.). 3) posibilidad de traspasar las fronteras nacionales, lo que asegura mayor grado de eficacia (solicitudes de informes a los gobiernos, misiones de encuesta, contactos directos, acciones diplomáticas, etc.). 4) la influencia que un organismo internacional como la OIT puede ejercer respecto de la imagen de un país o de un gobierno constituye otro factor preponderante a los efectos de asegurar aquella protección; 5) la composición tripartita de los órganos de la OIT da garantía sobre la participación real de los intereses profesionales involucrados, posibilitando un control más efectivo de los derechos de las personas. (Rosenbaum, 1997, p.147).

En 1998, la asamblea de la OIT aprobó una declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo³⁴, en la que se recuerda que al incorporarse libremente a la OIT, todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución (de la OIT), y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas, y como esos principios y derechos fundamentales se encuentran expresados y desarrollados en los denominados 7 convenios nucleares de la OIT, relativos a la libertad de asociación, a la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, a la erradicación del trabajo forzoso y del derecho infantil, a la igualdad remuneración por un trabajo del mismo valor y a la no discriminación en el empleo, todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, asumen el compromiso de respetar como promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución (de la OIT), los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de aquellos

Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por la República Argentina, en especial el Convenio N° 100³⁵, relativo a la igualdad de remuneración, y el Convenio N° 111³⁶, relativo a la discriminación en materia de ocupación y empleo, año 1.958, éste Convenio pone en cabeza de los Estados que lo han ratificado la obligación de 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 clase de discriminación.

³⁴ Texto integro, rev. *Derecho laboral*, año 1999, N° 193, p. 179.

³⁵ Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, ratificado por la República Argentina el 24/09/1.956.

³⁶ Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por la República Argentina el 18/06/1.968.

Con relación a nuestro país, a partir de la Reforma constitucional de 1994 los tratados concluidos con las organizaciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc.22, CN), y tal carácter también revisten prácticamente la totalidad de los Convenios de la OIT ratificados por la República Argentina, con la única excepción del Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, el que ha adquirido jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el artículo 22 punto 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la incorporación de estos tratados al listado de tratados y declaraciones de derechos humanos con esa jerarquía de la constitución reformada. (Etala, 2002, p.677).

4.0- INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional establece que determinados tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, abordaremos y analizaremos, los aspectos destacados, de protección jurídica y de aplicación a las conductas de mobbing y discriminación en el ámbito laboral:

1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

En el art. 1, expresa, "...integridad de la persona".

En el art. 2, expresa; "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".

El art. 4, protege a la persona contra los ataques abusivos a su honra y a su vida privada.

El art. 14, señala que toda persona tiene derecho a trabajar en condiciones dignas.

En nuestra constitución, art. 14 bis de la CN, al establecer que toda persona tiene derecho a trabajar en condiciones dignas. "Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia".

El art. 15 indica el derecho al descanso.

El art. 23 indica el derecho a la propiedad privada, el cual debe contribuir a “... mantener la dignidad de la persona”.

El art. 29 expresa el deber que toda persona tiene hacia las demás de convivir de modo tal que cada uno pueda desenvolver íntegramente su personalidad.

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos:

Los arts. 4 y 5, prohíbe la esclavitud y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, respectivamente, en forma genérica se prohíbe, los tratos degradantes, violencia física o verbal, hostigamiento psicológico, la discriminación en todas sus formas, es decir, tratos que forman parte de las conductas descritas como mobbing y la discriminación laboral.

El art. 7; “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”

El art. 12 prohíbe las injerencias en la vida privada del otro, de su familia, así como también los ataques a la honra o a la reputación.

El Art. 17 señala el derecho que tienen las personas a la propiedad como derecho del que nadie puede ser privado de modo arbitrario.

En el art. 23 se establece el derecho al trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo; a un salario equitativo y satisfactorio, acorde a la dignidad humana. “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo... Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

El art. 24 estipula el derecho al descanso y a vacacionar.

Por su parte, el art. 25 prescribe el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar. Se violan los referidos artículos cuando se producen conductas de “mobbing y discriminación” como las que hemos tratado; claro está que algunas violaciones siempre figuran en todos los casos, mientras que otras aparecerán o no según el caso en concreto de que se trate.

3. El Pacto de San José de Costa Rica:

El art. 5 indica: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

El art. 6, prohíbe la esclavitud y la servidumbre.

El art. 24 expresa; “Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales:

Expresa en su art. 2, inc. 2, en forma genérica y obligatoria a; “Los estados partes en el presente Pacto 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 social”.

5. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

El art. 1, condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas: La expresión ‘discriminación racial’ denotara toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

6. Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

El art. 1, es contundente y condenatorio contra la discriminación ejercida hacia la mujer en todas sus formas, establece medidas para ejercer la igualdad de trato; “La expresión ‘contra la mujer’ denota toda distinción, o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Conclusión: la protección jurídica contra la discriminación en nuestra carta magna ha sido protegida implícitamente con el art. 33 y la protección del art. 16 CN, referido al “principio de igualdad”, en el texto originario, en el año 1957, se amplió la protección mediante la introducción del art. 14 bis, y protegiendo la igualdad en remuneración con el principio de “igual remuneración” por igual tarea. En materia de protección la OIT, y la elaboración de los convenios es clave para la protección de los Derechos Humanos de los trabajadores, nuestro país ha ratificado numerosos convenios que brinda protección a los trabajadores que pueden ver afectados sus derechos por actos discriminatorios y conductas de mobbing. La reforma constitucional de 1994, introduce Tratados Internacionales” con jerarquía constitucional, los cuales producen un refuerzo de los derechos a los trabajadores, en la materia en estudio.

5.0- REGULACION NORMATIVA ESPECÍFICA

5.1- La ley del Contrato de Trabajo

La Ley 20.744, en el art. 17, prohíbe discriminaciones entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad; el art. 81, garantiza la igualdad de trato, estableciéndose que el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones, protegiendo en particular desigualdades basadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferencia en la selección responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

El art. 119 prohíbe pagar salarios inferiores a los que correspondan por el sistema legal vigente; el art. 172 prohíbe el trato discriminatorio de la mujer, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentación autorizadas, ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral.

El art. 177 establece la prohibición de trabajar a la mujer embarazada, por un plazo de cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después de él y la conservación y la conservación de su puesto de trabajo y el goce de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social. Se garantiza a la mujer, durante la gestación, el derecho a la estabilidad en el empleo, que debe ser comprendido como estabilidad absoluta específica temporal.

El art. 181 establece una presunción a favor de la trabajadora embarazada, en caso de ser despedida en el lapso comprendido entre los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio, y siempre que haya mediado notificación fehaciente de éste a su empleador. (Samuel, 2012)

El art. 208 refiere a los accidentes y enfermedades inculpables que impidan la prestación del servicio. Se garantizan periodos pagos que van desde 3 a 12 meses.

5.2- Protección jurídica de la Ley 23.592, de Actos Discriminatorios.

En su art. 1, dispone que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se consideraran 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”.

La ley 23.592, resulta de alcance general y aplicable al ámbito de las relaciones laborales, destinada a evitar la comisión de actos discriminatorios y brindando la posibilidad al damnificado de poder acudir a la vía judicial del reclamo y optar por: a) que se deje sin efecto el acto discriminatorio o que cese en su realización, y b) la reparación del daño moral y material ocasionado.

5.3- Inclusión del despido discriminatorio.

La Ley N° 25.013, incorpora la figura legal del despido discriminatoria. El art. 11, reconoce al trabajador, a cuyo cargo se encuentra la acreditación del hecho, que haya sido víctima de un distracto por cualquiera de los motivos indicados en la norma como discriminatorios, el derecho a percibir una indemnización tarifada, equivalente a la que establece el artículo 7° de la ley 25.013 (o sea la doceava parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación del servicio, si este fuera menor, por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días), sin tope, más un 30% de recargo (art. 11, ley 25.013), la aplicación de esta ley es a partir del 3 de octubre de 1998. (Etala. 1998, p. 58).

A partir de la sanción de la ley 25.013 se considera despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial. El Poder Ejecutivo Nacional modificó el texto originario quedando de esta manera las causales de despido discriminatorio, del artículo 11, de la ley 25013, se encuentran limitadas a los supuestos de trato discriminatorio originado por cuestiones de raza, sexo o religión. De esta manera no coincide con otras disposiciones de nuestra legislación, cómo los artículos 17 y 81 de la LCT, que aluden a motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, y de la ley 23.592, que además de los mencionados se refiere a nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, posición económica, condición social o caracteres físicos. Las mencionadas circunstancias plantean el interrogante sobre la aplicación del artículo 11 de la ley 25.013 respecto a trabajadores ingresados con anterioridad al 3 de octubre de 1998 o por causas de discriminación no incluidas en su texto. Por su parte, Rubio, considera inconstitucional la acotación de supuestos de discriminación que se prevén en el artículo 11 de la ley 25.013, por ser violatorios de los tratados y declaraciones de jerarquía constitucional. Igual planteó procedería con relación a la indemnización fijada por estimar que el daño moral no puede ser tarifado. Además, el trabajador podría optar por reclamar por la ley 23.592 la nulidad del acto, pidiendo el reintegro juntamente con la reparación del daño material y moral o la reparación del daño material y moral, que no estará alcanzada por las previsiones de la indemnización tarifada de la LCT. El remedio apto para el cese del despido discriminatorio sería la vía de la Amparo. (Rubio. 2000, p. 239).

Frente a las normas internacionales, incorporadas a la CN, que receptan el principio de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo, consideramos que se impone una interpretación amplia de las normas en cuestión:

- 1) El artículo 11 de la ley 25.013 debe resultar aplicable a todos los trabajadores, anteriores o posteriores en su ingreso al 3 de octubre de 1998, y por todas las causales que han sido reconocidas en el ordenamiento jurídico argentino, tanto en la normativa general de la ley 23.592 como en la específica laboral (art. 17 y 81, LCT; art. 11 ley 25.013). A partir de las garantías constitucionales, deben considerarse las normas que protegen la igualdad de trato, en su integridad y complementariedad, desde donde las diversas causales que ha ido incorporando el legislador como causales o actos discriminatorios expuestos revelan una evolución en la normativa que no debe ser desechada y en consecuencia, aquellas deben ser interpretadas como complementarias, en las diversas regulaciones legislativas que implementan la garantía constitucional que veda el trato discriminatorio. A su vez, la normativa de la ley 25.013 (art.5°)

qué hace aplicable el despido discriminatorio para las relaciones iniciadas con posterioridad al 3 de octubre de 1998 resulta inconstitucional como violatoria precisamente de la garantía constitucional de la igualdad de trato.

2) Respecto a la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales, merece analizarse por separado las diversas situaciones que se plantean: a) si el contrato laboral está vigente cómo podría reclamarse el cese de los actos discriminatorios por aplicación de esta normativa; b) si se ha operado el despido directo por una causal que resulta discriminatoria, estimamos que el trabajador afectado no podría plantear su nulidad y reclamar la reincorporación a su empleo, por cuanto al haber receptado el legislador de la ley 25.013 el despido discriminatorio (art.11), en ejercicio del mandato que le otorga el artículo 14 bis, CN, de proteger contra el despido arbitrario, la normativa general sede pasó a la aplicación de la laboral específica, en cuanto admite que regula la procedencia de la figura del despido discriminatorio; c) en cuanto a la reparación del distracto arbitrario (discriminatorio), ya se ha dispuesto en forma directa por el empleador o en forma indirecta por el empleado que ha sufrido la injuria, se presentan dos aspectos: el derivado del despido sin justa causa, y el propio del acto discriminatorio. Con respecto al primero, el ordenamiento laboral otorga como respuesta una indemnización tarifada, que resarce el daño que sufre el trabajador que sin culpa ve frustrada su continuidad laboral (art.245, LCT, para ingresados con anterioridad al 3/10/98, y art 7º, ley 25.013, para ingresados a partir de esa fecha). En cambio, con relación al resarcimiento por el acto discriminatorio, encontramos dos respuestas: a) la extra laboral (no tarifada) de la ley 23.592 que admite el resarcimiento del daño moral y material sufrido por el afectado, y b) la laboral (tarifada) del artículo 11 de la ley 25.013. Frente a ello, consideramos que el trabajador, además de la indemnización por antigüedad (tarifada) deriva del despido incausado, con relación a la reparación específica del acto discriminatorio, podrá optar entre reclamar la indemnización del artículo 11 ley 25.013 o la indemnización prevista en la ley 23.592 (Livellara, 2003).

6.0- LEY DE ASOCIACIONES SINDICALES

La ley 23.551, de Asociaciones Sindicales, protege y tutela la libertad sindical. Se destaca un procedimiento sumarísimo en su art. 47 que puede aplicarse en todos los casos en los que exista una conducta antisindical. En el art. 52 se regla un procedimiento especial que afecta su contrato de trabajo y que en el art. 53 se prevé en forma amplia diversas acciones que limitan, excluyen u obstaculizan el ejercicio de la libertad sindical, por lo que podemos decir que dichas normas son la recepción en el derecho positivo del mandato constitucional.

A su vez la ley de asociaciones sindicales se debe articular con el artículo 14 bis CN que dispuso ..." los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo". Nuestra Carta Magna incorporó a través del art. 75 y inc. 22 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del cual los estados partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección y que conforme el Convenio 98 de la OIT los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y que dicha protección debe ejercerse contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

El Dr. Simón considero que no era posible recurrir a la ley general antidiscriminatoria (ley 23.592), en el caso (Arecco Maximiliano c/Praxair Argentina S.A), existe un régimen protectorio específico, (ley 23.551). Así, al configurarse el despido sin causa del actor, motivado por su actividad sindical en la empresa (candidatura a delegado suplente), le corresponde la protección instrumentada a través de los arts. 48 a 52 de la ley 23.551, que debe interpretarse en forma amplia, pues el fuero sindical, aun antes de la instrumentación legal, nace en nuestro país en función de lo establecido en el art. 14 bis de la CN y también en la exigencia que en tal sentido contiene el art. 1º del Convenio 98 de la OIT³⁷.

7.0- PLANTEOS FRENTE A UN DESPIDO DISCRIMINATORIO.

7.1- Amparo en actos y despidos discriminatorios.

El amparo por actos discriminatorios tiene plena aplicación en el ámbito laboral. El amparo tuvo reconocimiento judicial, su nacimiento se consolidó a partir de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, por dos fallos específicos: el caso "Siri", en el año 1957, en el cual surge el amparo contra "actos estatales" y en el caso "Kot", en el año 1958, a través de este fallo, se extiende el amparo contra "actos de particulares". Luego fue legislado por la Ley

³⁷CNAT, Sala V, Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo, fallo 69.131 (21/12/2006), juez Simon, por su voto en mayoría.

N° 16.986, hasta que la reforma constitucional del año 1.994 lo incorporó al texto constitucional en el artículo 43 de la Carta Magna.

Para aquellos casos en que exista violación a los Derechos Humanos el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, lo que determinará los requisitos y formas de su organización.

Al categorizar el constituyente la acción de amparo como “expedita y rápida” alude, por una parte, a que la misma está abierta, sin obstáculos procesales, lo que implica que no puede ser interrumpida por incidentes de ninguna especie, y por otra, que la reglamentación que implemente el amparo debe tender a asegurar su trámite en tiempo útil, sin dilaciones en relación con el objetivo que tiene la tutela: el pleno ejercicio del derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado (Quiroga. 1994, p. 111)

Para la procedencia del amparo se exige que no exista otro medio judicial más idóneo. Con ello se excluye del amparo aquellas pretensiones que tengan otro trámite procesal más apropiado.

Debemos destacar que en el artículo 43, CN no se ha incluido como requisito de procedencia del amparo que no exista “otro medio administrativo más idóneo”, con lo cual ha perdido virtualidad la exigencia que legislaba el amparo en tal sentido, por su evidente inconstitucionalidad por oposición al texto constitucional, y a partir de la vigencia de la reforma ya no se exige agotar la reclamación administrativa para poder iniciar una acción de amparo.

La tutela procede contra todo acto u omisión, tanto de autoridades públicas como de particulares, que afecte derechos y garantías protegidos constitucionalmente, facultando al juez a declarar la inconstitucionalidad del acto u omisión lesiva. Es significativo que en la reforma se ha incorporado la llamada inconstitucionalidad por omisión, que venía haciendo propiciada por la doctrina, principalmente por Bidart Campos, y que se traduce en la posibilidad de exigir a los poderes legislativos y ejecutivos la implementación de normas imperativas existentes en el texto constitucional o en las leyes.

Como señala Quiroga Lavié, la primera tutela de los derechos públicos como colectivos o sectoriales de la sociedad, en el artículo 43, CN, está referida a cualquier forma de

discriminación. Para el autor citado se trata de un derecho público o de sector, y no solamente de casos de discriminación de sujetos individualizados, debido a que la regla se encuentra en el párrafo relativo a los derechos colectivos y no en el primero que regula la tutela de los derechos individuales (Quiroga. 2003, p.140)

Atento a que la norma alude a cualquier forma de discriminación, se debe tomar como marco para interpretar el alcance del artículo 43, CN, los parámetros que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados por la reforma de 1994, a través de artículo 75 inciso 22, CN, que hemos indicado.

Del cual un trabajador afectado por actos discriminatorios podrá actuar, invocando el principio de no discriminación que ahora tiene jerarquía constitucional, tanto a través de los mecanismos que le ofrecen las normas laborales como de acuerdo a la mecánica de la ley 23.592 o acudir al remedio del amparo de acuerdo a las pautas del artículo 43 coma CN.

En la causa Pellejero, María I³⁸, la posición de la procuradora Beiro de Goncalves expuso que la ley antidiscriminación debe ser interpretada en sentido amplio, descartando restricciones que importen privar de su amparo a personas relacionadas con terceros por determinada forma contractual, como es, en el caso el vínculo de trabajo. Luego agregó que, desde el ángulo constitucional, el trabajador es sujeto de preferente tutela, debiendo el intérprete escoger dentro de la regla que posibilite el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Como argumentó central expuso no evidenciar colisión de derechos alguno, dado que aquellos derechos invocados por la patronal no pueden serlo en su favor, en la medida en que no se evidencia un ejercicio regular de estos (art. 1071 cc). Finalmente, entendiendo que el despido discriminatorio constituye un acto ilícito o de objeto prohibido, refirió que el caso aquí estudiado tiene por causa un ilícito que, en rigor, excede el contexto de obligaciones estipuladas en el contrato y resulta reprochable en los términos de los artículos 18, 1044 y 1045 del código civil.

7.2- **Reinstalación al puesto de trabajo:**

Frente a las diversas violaciones de los derechos humanos, que tiene origen en el mobbing y discriminación, se presentan a su vez los despidos en forma directa e indirecta, de esta manera tiene relevancia jurídica abordar los planteos de reinstalación a los puestos de trabajo.

³⁸ CSJN, “Pellejero, María I. s/amparo, SC P1697, L.XLI. (08/02/2008).

A partir del comienzo del siglo XXI, se empieza a advertir en la Argentina procesos donde la justicia ordena la reinstalación del trabajador, de ésta manera en el fallo “Stafforini”³⁹, por cuestiones vinculadas al concepto de discriminación. Se destaca una progresión secuencial de pronunciamientos que significaron un cambio disruptivo con respecto a la doctrina del alto cuerpo en el sonado caso “De Luca c/Banco Francés”⁴⁰.

Esta progresión de fallos derivó en un debate actual prominente sobre la cuestión. En efecto, luego de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Álvarez, y otros c/Cencosud SA”, la discusión instalada sobre la proyección de la reinstalación en tiempo y las connotaciones jurídicas de la medida reclaman un análisis de dicho pronunciamiento⁴¹

La ley 23.592 es de perfecta aplicación al derecho individual del trabajo, en tanto que: a) no hay texto ni finalidad perseguida que indique su inaplicabilidad; b) la prohibición a la discriminación no admite salvedades o ámbitos de exención a la violencia y c) su aplicabilidad en este ámbito resulta apropiada innecesaria. Serían aplicables al principio de progresividad en materia de derechos humanos y el principio pro homine en la interpretación no restrictiva de las normas.

El precedente De Luca basado en el Art 14 de la Constitución nacional y el derecho empresarial a contratar es inaplicable. Se establece como argumentó dirimente; no es equiparable al caso de marras, pues actualmente existe un marco normativo distinto del precedente exigiéndose ahora una interpretación evolutiva de la Constitución nacional, en lo que respecta al derecho a la igualdad.

El principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad, y pertenece al ius cogens. No es admisible la confrontación entre los derechos a no ser discriminado con otros derechos de sustancia predominantemente económica, dado que la dignidad es un valor fundamental y los demás derechos tienen carácter instrumental. Si prohibiésemos absolutamente la reinstalación del trabajador discriminado, estaríamos analizando sólo superficialmente la protección contra el despido arbitrario consagrada constitucionalmente en el Art. 14 bis de la Constitución nacional. Este artículo requiere de una

³⁹ CNTrab, Sala X, 20/06/01, “Stafforini, Marcelo c/Administración Nacional de la Seguridad Social”

⁴⁰ CSJN, 25/2/69, “De Luca, José, y otros c/Banco Francés del Río de la Plata”, *LL* 134-636; *DT*, 1969-159, y *JA*, 1-1969-565.

⁴¹ CSJN, 7/12/10, “Álvarez, Maximiliano, y otros c/Cencosud SA s/acción de amparo”, *ED*, 241-181.

interpretación evolutiva con avance a principios constitucionales y preceptos de Derechos Humanos.

Los recursos de reinstalación están previstos en numerosos textos internacionales como fundamentalmente ante actos discriminatorios emanados por entidades oficiales. Por lo tanto y con mayor razón a un, deberían ser admitidos ante violaciones originadas por personas de carácter privado. Por otra parte, la ley 23.592 resulta plenamente aplicable, pues es reglamentaria del art. 16 de la Constitución nacional y la hermenéutica del orden infra constitucional debe darse con sentido constitucional, considerando siempre que el trabajador es sujeto de preferente tutela.

En el voto mayoritario de la Corte Suprema, en la causa “Álvarez Maximiliano c/Cencosud SA”, dispuso la reinstalación de los trabajadores despedidos por causa o actos discriminatorias, a tenor de lo normado en el Art. 1 de la ley 23.592, que específicamente establece que quién 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 ocasionado. Los argumentos mayoritarios corresponden: a él respeto y la supremacía del derecho a la igualdad, no puede ser limitado, debiendo ser este privilegiado por sobre cualquier otro derecho de corte o índole económico. La jerarquía otorgada al derecho a la igualdad, como derivado de la naturaleza del género humano e inseparable a la dignidad esencial de la persona, puede ser tomada de numerosos tratados e instrumentos internacionales, algunos de ellos de rango constitucional. El estado argentino está obligado a adoptar medidas positivas a fin de combatir la discriminación, del mismo modo en que la legislación comparada admite la reincorporación del trabajador como consecuencia jurídica del acto lesivo.

A partir de lo resuelto en Álvarez contra Cencosud, aquellos empleados del sector privado que acrediten indicios suficientes de haber sido despedidos por motivos discriminatorios, pueden exigir la reincorporación a sus puestos de trabajo, en los términos de la ley 23.592. Se elige así, el recurso de la reinstalación como una garantía a la igualdad de trato en el marco de las relaciones laborales y con el directo efecto jurídico de hacer cesar el acto discriminatorio. En efecto, en virtud del derecho lesionado, se instituye una suerte de estabilidad propia temporal específica, toda vez que el acto no tendrá efectos jurídicos si se encuentra vinculado a un determinado móvil discriminatorio y o conductas de mobbing en el ámbito laboral. Y decimos

específicos en tanto la estabilidad propia estará vinculada a ese móvil, pero no a otras causas totalmente ajenas al esgrimido por la empleadora (Samuel, 2012).

En la causa Álvarez, la procuradora Beiro de Goncalves, refirió a avalar la pretensión de los accionantes de remediar la actitud antijurídica mediante la privación de efectos jurídicos al despido de 5 trabajadores de la comisión directiva de la asociación del personal jerárquico de comercio, haciendo una referencia especial al Art, 16 de la Constitución nacional que consagra el principio de igualdad que es reglamentado directamente por la ley 23.592 y que en definitiva es aplicado en el caso por los jueces, cuyo principio constitucional es de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad⁴².

7.3- **La reinstalación al puesto de trabajo vs la libertad de contratar.**

En nuestro ordenamiento jurídico la libertad de contratar integra el complejo de la libertad como atributo jurídico de la persona, e indica un comportamiento que cada persona puede elegir, y esta dado en la posibilidad de elección del tipo de comercio que más conviene a su titular y también la posibilidad de llevar adelante diversos actos jurídicos necesarios para ejercer el comercio. Dentro del ámbito laboral, existe la libertad de contratación, reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido del vínculo laboral, lo que se explica como las condiciones a las que debe sujetarse el vínculo jurídico laboral de dicha relación.

En este aspecto no se puede obligar al empleador, contra su voluntad a mantener en actividad laboral a personal (empleados), que no son de su confianza que debe presidir toda relación de dependencia.

7.4- **Reparación del daño moral ocasionado.**

Las consecuencias dañosas derivadas de las diferentes violaciones a los derechos humanos, “mobbing” y de “discriminación arbitraria”, en el ámbito laboral, son reconocidas por la Constitución nacional, tratados internacionales y leyes específicas. Bajo esta directiva será obligado, ha pedido del damnificado, a dejar sin efecto el “acto discriminatorio” o a cesar en su realización y a “reparar el daño moral y material ocasionado”. Estos derechos han sido reconocidos en la dignidad inherente de la persona humana.

⁴² CSJN, “Pellejero, María I. s/amparo, SC P1697, L.XLI. (08/02/2008).

Particularmente los tratos que configuran el “mobbing” y la “discriminación”, son antijurídicos, en virtud del art. 1° de la ley 23.592 y de los tratados internacionales con fuerza supra legal, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional, este tipo de daño puede presentarse en la etapa precontractual, durante la ejecución del contrato o al extinguirlo. En las tres hipótesis se encuentra tutelado por la legislación antidiscriminatoria, estos tratos son justamente un daño adicional, innecesario, vil y despreciable socialmente.

Cuando la dignidad de la persona que trabaja es avasallada mediante actos segregantes y hostiles, le cabe la posibilidad de hacer cesar el acto discriminatorio o, en su defecto, a considerarse despedido o a seguir trabajando y reclamar el daño moral ocasionado. (Samuel, 2012, p. 192).

En lo que hace a la indemnización la Ley 20.744 trata el tema de igual trato con los trabajadores en el título VII, en relación con el trabajo de mujeres y el artículo 17 establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religión, políticos, gremiales o de edad, pero no dispone ninguna indemnización especial aplicable al despido por motivos de sexo, religión o raza.

La Ley 25.013, en su artículo 11 había consagrado el despido discriminatorio fundado en razones de raza, sexo o religión. Así una vez determinado el carácter “discriminatorio” del despido, según la ley mencionada, el trabajador tenía derecho a percibir una indemnización por antigüedad aumentada en un treinta por ciento (30%), calculado sobre la mejor remuneración normal y habitual, sin aplicar el tope base de tres salarios mensuales promedio por convenio. Es decir, el trabajador tenía dos beneficios, por un lado se calculaba su indemnización sobre la base de su mejor remuneración, sin tope de ningún tipo, y en segundo lugar, el resultado del cálculo se incrementaba en un 30%. Pero la ley 25.877 derogo el artículo mencionado, por lo que se debió retornar al principio general de la LCT mencionado, a partir de la vigencia de la reforma laboral, quedando actualmente sin regulación indemnizatoria especial y agravada el despido por las causas de discriminación que se analizan.

Cabe destacar que la calificación del despido de un trabajador como discriminatorio debe hacerla el juez en la sentencia que dicte en un proceso concreto. Actualmente se incluyen las formas de discriminación laboral dentro del amplio concepto de “mobbing” para reclamar, además de las indemnizaciones derivadas del despido, una indemnización por el daño moral causado por dichos actos.

Indemnización por daño moral: 12 salarios con más su SAC. Se estima el daño en 12 salarios por el antecedente más inmediato que es el caso resuelto por la CNAT el 07/02/2015 en el que se entiende el perjuicio indemnizable como padecimiento emocional que incide negativamente en el desenvolvimiento del afectado en su vida social y familiar, que excede la normal derivación de la ruptura laboral alcanzada por la tarifa prevista en el artículo 245 de la LCT y que necesariamente abarca a las secuelas psicológicas generadoras de dichas dificultades”, remarcaron los jueces que fallaron a favor de la actora estableciendo como indemnización por daño moral la suma de un año de remuneraciones más su SAC. Además, puede hacerse un paralelismo con situaciones que la ley protege especialmente contra el despido como es el embarazo o la maternidad y establece una indemnización agravada de un año de remuneraciones más su SAC, que se suma a la indemnización tarifada del despido (Iribarren, 2017, p.556).

8.0- CONCLUSIONES

La trascendente importancia que tienen los principios de igualdad de trato y no discriminación en los cuerpos normativos de nuestro país, y en especial que hayan adquirido jerarquía constitucional, refleja un importante avance legislativo y social. En el aspecto social, debería traducirse en una tendencia a desechar aquellas conductas de “mobbing” y “discriminatorias”, propias del ámbito laboral.

En este contexto, los objetivos no se logran tan solo a través de la recepción normativa, es decir, a través de protección en nuestra Constitución, Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, ratificaciones ante la OIT, leyes protectorias específicas, etc.

Los avances progresivos en materia normativa en el ámbito laboral, demuestran mayor respeto por los derechos humanos, por la dignidad de la persona humana. Este progreso normativo debería traducirse en prácticas sociales y laborales que desechen las conductas de “mobbing” y “discriminación”, a través de un cambio cultural que debe comenzar desde la ideología, para traducirse en prácticas de inclusión, es decir un cambio cultural profundo.

En el propio ámbito laboral, estas conductas se encuentran encuadradas en diversos cuerpos normativos, pero en la práctica, suceden a menudo las conductas despreciables de la “discriminación y mobbing”, y las mismas presentan una gran diversidad de móviles,

legalmente encontramos un vacío protectorio en el momento de fijar el monto del “daño” que ha sido producido por las diferentes situaciones de “mobbing”, “conductas de discriminación” y “despidos arbitrarios”, dejando a la sana crítica de los jueces la apreciación y valoración de las conductas descriptas.

CAPITULO III

1.0- INTRODUCCIÓN.

Al referirnos a la discriminación laboral y aquellos casos en los que se produce mobbing, debemos destacar que este tipo de conductas, cuenta con la protección jurídica, que comienza en la selección del personal, es decir, previo a iniciarse el contrato laboral, durante la ejecución del contrato de trabajo y también desde la extinción del mismo, esto se funda en los cuerpos normativos y a través de las diferentes fallos de la justicia que condenan las conductas discriminatorias o de mobbing que motivan el despido sea directo o indirecto.

En este contexto, el derecho a trabajar se conjuga con el derecho a la salud, y una serie de características inherentes a la persona humano, entre los que destacamos, la raza, la nacionalidad, características físicas, ideología, libertad de pensamiento, religión, etc. Como virtuales anticuerpos (valga también el término), cómo tutela contra una eventual discriminación arbitraria por parte del oferente de trabajo.

Aquel derecho, concebido en nuestra propuesta como derecho subjetivo de la persona humana, genera diversos interrogantes; ¿el derecho a trabajar es irrestricto?. Debemos responder en forma negativa, en principio, por un principio elemental que faculta a él empleador, quien es titular de la libertad de contratación, dador de trabajo y poder de dirigir y organizar su unidad de trabajo y producción.

Por su parte debemos destacar que estas facultades del empleador, no son irrestrictas; se deben relacionar con los principios constitucionales, derechos y garantías consagrados en nuestra constitución: “igualdad ante la ley y de oportunidades”, aquí orientados a la igualdad entre los postulantes a un puesto de trabajo, igualdad entre los compañeros de un trabajo, etc. En caso de que un empleador viole estos derechos y garantías, debemos afirmar incurrirá en hechos conducentes a afirmar conductas de discriminación.

En breves líneas reiteramos la definición de la Organización Internacional del Trabajo como la discriminación se define, pues, como "cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación" (art. 1, párrafo 1º, ap. a).

En dicho ámbito internacional especializado, se ha dado cuenta de la flexibilidad de las causales discriminatorias (Convenio 111), qué constan en las respectivas memorias de los países

miembros gratificantes, tales como invalidez, estado civil, estado de salud incluido el VIH / sida, la orientación sexual y la afiliación sindical, no contempladas en el mencionado convenio⁴³.

Advertimos, entonces, que a esta altura del desarrollo de las ciencias médicas, es dable constatar previamente la aptitud laboral del postulante o del trabajador, aún en presencia de patologías que no me echan la capacidad laboral ofrecida por el trabajador, ni constitución fuente de infección o contagio hacia terceros (Chagas, diabetes, epilepsia, VIH). ¿Puede ser hecho causal de impedimento de acceso al trabajo o de desvinculación, incurriendo impunemente en discriminación, por no hallarse la causal invocada encorsetada en una tipología taxativa, que por otra parte, no resulta común a todos los ordenamientos positivos? la respuesta debe ser terminantemente negativa⁴⁴.

⁴³ Informe Global (año 2003), “la hora de la igualdad en el trabajo”, con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998 (Conferencia Internacional de Trabajo, 91ª reunión, 2003).

⁴⁴ Fanjul, A. (2013). *Discriminación por enfermedad en el derecho laboral*. (1ª Ed.) Buenos Aires: Astrea.

2.0- RESOLUCIÓN DE CASOS PRÁCTIVOS DE *MOBBING* Y DISCRIMINACIÓN.

La jurisprudencia nacional, ha ido forjando el destino de innumerable cantidad de reclamos fundados en discriminación y mobbing, con fines prácticos ponemos en conocimiento, algunos fallos destacados y aspectos de resolución.

2.1- DISCRIMINACION EN LA SELECCIÓN DE PERSONAL:

¿Acaso se niega arbitrariamente esa posibilidad, cuando el oferente de trabajo (empleador) prescinde de adecuar el puesto de trabajo ofrecido a la capacidad laboral del trabajador, por razones infundadas, solapadas, a veces claramente discriminatorias, cuando se niega el acceso al trabajo o se prescinde de sus servicios, aún en presencia de noxas, con evidencia médica, de compatibilidad (aptitud o idoneidad) con el puesto de trabajo?

Constituye discriminación arbitraria por enfermedad por un acto de segregación laboral injustificada (declarada la aptitud de la persona), por la condición biológica o de salud (enfermedad) del postulante.

Se atenta contra ambos derechos fundamentales. Por un lado, se impide el acceso al trabajo o se extingue la relación, violando el derecho a trabajar; por otro, lesionando igualmente el derecho a la salud, al discriminar por la portación de noxas perfectamente compatibles con el puesto de trabajo ofrecido.

En aras de su dignidad intrínseca, el trabajador aspira a disfrutar de la misma igualdad en el trato dispensada a sus compañeros, en igualdad de condiciones y con igualdad de oportunidades para acceder y permanecer en un empleo.

Ello no se logra si, bajo el arbitrio de una invocación injustificada o infundada, por desconocimiento o malevolencia cómo se escriben razones de salud supuestas minusvalías; así se consuma una discriminación arbitraria. Es que el derecho al trabajo requiere indudablemente condiciones de trabajo dignas, estables y seguras, con su correspondiente derecho a la protección de la salud y correlato de asistencia sanitaria. Es necesario poner énfasis, como se ha dicho, en la conjugación de ambos derechos (el derecho a trabajar y el derecho a la salud) para posibilitar su debida operatividad y compatibilidad.

Analizado el derecho a trabajar, desde una propuesta dinámica y moderna, debemos armonizar este derecho con las posibilidades que brinda la comunidad desde el ámbito público y privado y la adecuada posibilidad de capacidad laboral del postulante, a la que debe adecuarse según las características y modalidades del puesto de trabajo.

La fundación Mujeres en Igualdad inicio un amparo colectivo, en el año 2002, contra la empresa Freddo S.A. (empresa de fabricación y venta de helados), alegando que ésta realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos y de la prueba que aporta, que la demandada rechaza la contratación de personal femenino. La demandada fue condenada a contratar personal femenino y compensar durante los próximos años los puestos de trabajo con personal femenino⁴⁵.

Destacamos, que se deja atrás el concepto de igualdad formal y se avanza hacia la igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades.

2.2- DISCRIMINACION POR PROBLEMAS DE SALUD:

El sistema de protección resguarda de discriminación a los trabajadores que sobrelleven algún tipo de enfermedad, es decir, los padecimientos sufridos por disfunciones fisiológicas o patológicas que no afectan en concreto las aptitudes de trabajo, ni comprometen la salud de terceros. Casos típicos son la psoriasis, diabetes, VIH, mal de chagas, hepatitis, cáncer, leucemia, epilepsia, bulimia, anorexia u obesidad. (Samuel, 2012, p.140)

El reconocimiento por parte del empleador de que en un periodo de unos meses el trabajador se ausento e interno por diversos malestares derivados de su enfermedad (VIH), unido a la contemporaneidad entre el momento en que es despedido, resulta conducente a la presunción de discriminación ante la ausencia de prueba que demuestre que el accionar de la empleadora se debio a una causa distinta⁴⁶.

Si la demandada conocio o pudo conocer de un modo u otro, total o parcialmente, los resultados de los estudios médicos practicados al accionante, de los que se desprendia que este último era portador positivo de VIH, y contemporáneamente con este hecho fue despedido sin alegarse un motivo real, debe concluirse que se desconocio el principio de no discriminación y procede consecuentemente la indemnización correspondiente⁴⁷.

⁴⁵ CNCiv., Sala H, Fundacion Mujeres en igualdad y otro / Freddo SA., (16/12/2002)

⁴⁶ CNTrab, Sala VI, “V., C. A. c/COTO CICSA”, 27/3/12.

⁴⁷ CNTrab, Sala IV, “O., E. c/Falabella SA s/despido”, 20/8/04.

Corresponde rechazar la consignación de los importes indemnizatorios correspondientes al despido por disminución o falta de trabajo porque, ante la ausencia de prueba que demuestre la existencia de las causales invocadas para dar por finalizada la relación, no queda más que tener por cierto que el despido obedeció a la enfermedad que padece el trabajador, en el caso, leucemia linfocítica crónica con fenotipo B, lo cual implica un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.592⁴⁸.

Del recorrido de dicha taxonomía se advierte que la salud deja de ser una cuestión individual de las personas y se ubica como un problema de interés jurídico, no por puro asistencialismo social sino por el carácter fundante que la salud tiene para la vida de las personas y de qué es el estado quién organiza, distribuye y planifica su propio ideario político económico desde un coeficiente de variables poblacionales y de desarrollo humano que a ellas implican y por lo tanto, le interesa políticamente que gocen los habitantes de ciertos estándares de salud, mediante los cuales pueden insertarse activa y productivamente en la realidad socioeconómica de la nación (Samuel, 2012, p. 142).

2.3- DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAMBIAR DE ESTADO CIVIL:

El Fallo Plenario N° 272, “Drewes”, de fecha 23/03/09 considero: “la indemnización prevista en el art. 182 sólo procede en caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causa de matrimonio”. A diferencia de la mujer, en el supuesto del varón esa circunstancia debe ser demostrada en cada caso concreto. Pero cuando la demandada se encuentra incurso en la situación prevista por el art. 71 de la L.O., que no ha sido revertida por prueba en contrario, corresponde tener por cierto que el despido del actor obedeció a su inminente matrimonio, en razón que el actor afirmó un hecho intrínsecamente natural y posible, y dado que la ley procesal obliga al juez a presumir como cierto ese hecho está obligado dispensar la prueba al hecho presunto. No se trata de una facultad judicial, sino de un deber judicial impuesto por una norma, en el caso del artículo ya citado⁴⁹.

2.4- DESPIDO DISCRIMINATORIO DE EMBARAZADA EN PERIODO DE PRUEBA:

⁴⁸ CNTrab, Sala VI, DT, 2011-3294, 30/6/11.

⁴⁹ CNTrab, Sala III, “Monteiro, Sebbasatian c/Driscoll’s de Argentina S.A.”. Sent. 91.855. 31/10/10.

La empleada embarazada puede estar o no registrada y, al mismo tiempo, puede haber “notificado fehacientemente” –si lo hizo puede saber el empleador tal circunstancia por ser evidente-. En este caso, corresponde analizar qué ocurre en el supuesto de embarazo durante el período de prueba. Y también, en los supuestos en que el despido se puede haber producido días después de terminado el plazo protectorio del art. 178.

En cuanto al periodo de prueba: el principio general es el del contrato por tiempo indeterminado, que sólo se suspende durante los primeros tres meses de trabajo registrado, con la expresa “finalidad de permitir al empleador apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cumplir el puesto de trabajo vacante, y al dependiente la posibilidad de experimentar si el empleo obtenido resulta de su conveniencia”. Por ello se ha dicho que en el curso del plazo de suspensión previsto en el artículo 92 bis de la LCT, queda encerrada una condición, es decir, que hay una modalidad dentro de otra modalidad.

Aun tratándose de un contrato a prueba (art. 92 bis, LCT), rige la protección consagrada por los arts. 177 y 178 de dicho ordenamiento legal. En tal caso la trabajadora afectada deberá probar que la cesantía constituye una práctica discriminatoria, que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas acerca de que se configuró un acto de discriminación. Por su parte el empresario deberá demostrar que no discriminó o que ha mediado una razón objetiva no discriminatoria para extinguir el vínculo⁵⁰.

En otro fallo, se consideró que cuando se trata de un contrato a prueba no rige la presunción establecida en el art. 178, LCT, y que, por ello, era la trabajadora afectada quien debía probar que su cesantía fue discriminatoria y que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas acerca de que se configuró un acto de discriminación⁵¹.

En otro Fallo se señaló que la discrecionalidad patronal de despedir sin tener que afrontar ninguna responsabilidad indemnizatoria derivada del distrato durante el plazo de prueba del art. 92 bis LCT, se enfrenta a una normativa de jerarquía constitucional que protege a los trabajadores de prácticas discriminatorias, ya que la facultad de despedir en las condiciones que establece el mencionado dispositivo encuentra un reparo ante la notificación que la trabajadora efectuó denunciando su embarazo, correspondiendo al empleador demostrar que el despido sin

⁵⁰ CNTrab, Sala II. “Guisado de Jacobs, Paula c/KB Servicios S.A. s/Despido”. Sent. 75.928, del 05/03/98.

⁵¹ CNTrab, Sala II. “Smorzeńuk, Graciela c/olea, José y otros s/Despido”. Sent. 80.396, del 29/02/00.

causa no obedeció a una práctica discriminatoria y que se debió, realmente, a que la trabajadora no pasó satisfactoriamente el periodo de prueba⁵².

Para dar cierre a esta circunstancia y tipo de despido en el que una mujer estando embarazada, queda sin trabajo, fuera del “sistema”, sin posibilidad de sostenimiento económico, circunstancias que puede afectar su salud y la de la persona por nacer, poniendo en riesgo la salud integral y psicofísica, es admitida la tesis amplia que sostiene: cuando de las circunstancias del embarazo era conocido por los compañeros de trabajo, era evidente, la actora apta por tales motivos y luego es desconocido por la empleadora, ello permitirá inferir que esta clase de despido tiene como móvil el embarazo de la persona.

2.5- DESPIDOS POR RAZONES IDEOLÓGICAS, OPINION POLITICA Y ACTIVIDAD SINDICAL:

Conceptualmente la ideología ha sido desarrollado por el filosofo Marx como: todo pensamiento que no se constituya acorde al proceso social, o, más puntualmente, que no advierta o encubra la lucha de clases como motor de la historia... De tal modo, que el término que se incorpora con Marx tiene un significado despectivo desde su perspectiva⁵³.

Todo trabajador no sólo tiene el derecho a identificarse con cierta ideología; además puede representarla, ser militante o ejercer un cargo representativo por los canales democráticos (partidos políticos), lo cual le otorga derechos como licencias especiales, conservación del puesto de trabajo durante el ejercicio de la función representativa y estabilidad laboral, entre otros.

En el caso de los trabajadores que ejerzan representatividad sindical, gozan de garantías específicas mediante la tutela sindical, que brinda la ley 23.551, para representantes gremiales, delegados o miembros de conducciones sindicales. Empero esto no obsta que la protección alcance al militante o activista en su ejercicio. La jurisprudencia resolvió proteger a trabajadores que intenten hacer valer sus derechos laborales, incluso sin tener participación orgánica en las organizaciones sindicales; el argumento utilizado es que la protección de la ley 23.592 alcanza a estas personas, en la medida que ejerzan su derecho sin menoscabar o alterar el orden o abusar de las garantías y libertades que la ley le otorga (Samuel, 2012, p. 93)

A) DESPIDO DE ACTIVISTAS SINDICALES:

⁵² CNTrab, Sala X. “Corazzini, Marisa Noelia c/Spell S.A. s/Despido”. Set. Def. 15.382, del 16/07/07.

⁵³ Garcia Venturini, J. (1978). *Politeia*. (1ª Ed.) Buenos Aires: Troquel.

Juzgo demostrado que el actor y un grupo de compañeros de trabajo se reunieron con un representante de la empleadora, quién les advirtió según declaraciones de varios testigos que si continuaban haciendo sindicalismo ponían en riesgo sus puestos de trabajo o categoría laboral. Activado el dispositivo normativo previsto en la ley 23.592, el cual penaliza el avasallamiento de las garantías individuales y Derechos Humanos dada la existencia de un acto discriminatorio, situación que excede el marco de la estabilidad relativa o impropia de la LCT, corresponde declarar nulo el despido del trabajador fundado en su actividad gremial. En el caso de análisis el actor pretende que se lo reincorpore en su puesto de trabajo, para lo cual solicita que se declare la nulidad del despido, por ser éste discriminatorio por razones gremiales en los términos de la ley 23.592 y consecuencia de una conducta antisindical de la accionada a la que considera un curso en práctica desleal conforme lo establecido en la ley 23.551. Además peticiona el pago de los salarios caídos y la fijación de astreintes para el supuesto incumplimiento de la manda judicial y se decrete la reparación material y moral con motivo del daño causado⁵⁴.

B) DESPIDO QUE ATENTA CONTRA LA LIBERTAD DE IDEAS:

Teniendo en cuenta que el desencadenante del despido directo fue la misiva que por vía de email remitió la accionante a sus compañeros de trabajo instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de otras empresas, se verifica un presupuesto eficaz para activar el dispositivo previsto en la ley 23.592 dirigida a penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y Derechos Humanos, pues constituye una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuyo constitucional a propagar sus ideas⁵⁵.

C) DESPIDO FUNDADO EN RAZONES IDEOLÓGICAS:

La ley 23.592 permite dejar sin efecto al acto discriminatorio, aun cuando, como en el caso concreto (se trata de un empleado de Anses que se rige por las normas de la LCT), se trata de un despido dispuesto en un régimen de estabilidad impropia. Es que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (art. 16) y por la ley (art. 1º, ley 23.592) y por lo tanto tienen un objeto prohibido (art. 953), Cód. Civil) y entonces es nulo (art. 1044), es obvio que el

⁵⁴ TTrab. N° 2, La Matanza, “Villalba, Franco R. c/The Value Brands Company de Argentina SCA s/acción de amparo”, *LLonline*, 01/02/06.

⁵⁵ CNTrab. Sala IC, *DT*, 2005-b-1476, fecha 31/05/05.

perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1º, ley 23.592; art. 1083, Cód. Civil)⁵⁶.

En el cierre de los despidos que atentan contra la libertad sindical, de opinión, ideológicas, vemos una fuerte protección para el libre ejercicio de los derechos mencionados. Esta protección surge de la Ley Sindical N° 23.551, que a través de la jurisprudencia protege a delegados y activistas que reciben protección en resguardo de conductas antisindicales en resguardo de practicas desleales. A su vez es de aplicación la Ley de Actos Antidiscriminatorios en todos los casos y aspectos, por su amplia aplicación.

3.0- LA NULIDAD DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO:

El despido ad nutum es un acto ilícito violatorio de los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y el trabajo, y de la estabilidad en el empleo... visto el problema desde la perspectiva de la libertad sindical vulnerada, la nulidad del despido discriminatorio por motivos antisindicales es la única solución que repara totalmente el daño causado, porque el perjuicio no sólo es sufrido por el trabajador despedido sino por el universo de los trabajadores representados por aquel en ejercicio de la libertad sindical. La alternativa indemnizatoria podría solucionar el problema económico del trabajador directamente afectado, pero no repararía eficazmente la violación a la libertad sindical como derecho humano fundamental... La situación real o aparente desarmonía entre el artículo 47 de la ley 23.551 y la ley 23.592 y sus posibles interpretaciones debe ser resuelta en el sentido más favorable a la trabajadora, esto es, admitiendo que constituye un conjunto normativo armónico que, ante un caso -como el *sublite*- el despido discriminatorio por motivos antisindicales, habilita a la actora a demandar, por la via sumarísima, la nulidad del despido, la reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los daños y perjuicios sufridos⁵⁷.

Se advierte que la nulidad de despido discriminatorio, es una facultad que tiene todo trabajador, que en la ocaion de ver cercenados sus derechos, puede optar por solicitar la “nulidad del despido sea por causas discriminatorias o de mobbing”, solicitando el inmediato

⁵⁶ CNTrab, Sala X, “Stafforini, Marcelo c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otros s/amparo”, 26/6/01.

⁵⁷ CNTrab. Sala A, Quispe Quispe, Néctar c/Cía. Argentina de Indumentaria SA s/juicio sumarísimo”, *elDial*, del voto de la mayoría, 20/12/07.

cese del accionar perverso y violatorio de los derechos humanos, o solicitar una indemnización por los daños que ha padecido.

4.0- FORMAS DE PROCEDER FRENTE A LA DISCRIMINACION Y CONDUCTAS DE MOBBING

En muchos casos es difícil lograr identificar el problema, debido a que es progresivo y silencio, las víctimas no lo consideran desde el comienzo, ni saben lo que les está ocurriendo.

Es importante actuar con la mayor brevedad posible, de ser así, causara menores daños y será más fácil desactivar el proceso maligno del o los acosadores para poner fin a estos actos segregadores, peyorativos, inhumanos, de malos tratos, etc.

La documentación, registración (medios de filmación, grabación, misivas, notas, etc.), búsqueda de testigos, acumular pruebas y hacer públicas las agresiones, ofensas, silencios, etc. Serán de suma utilidad en los procesos de pruebas en eventuales reclamos.

La víctima no debe guardar silencio, debe dialogar sobre el problema con amigos, familiares, y profesionales (médicos, psiquiatra, psicólogo, etc.).

Una vez que considere tener un cumulo suficiente de pruebas y elementos conducentes inequívocamente a dilucidar los hechos debe efectuar la denuncia, a los superiores y de no ser posible, enviar una nota colacionada de tipo Telegrama, denunciando los hechos, incluyendo en el reclamo las leyes que lo protegen, desde las abaratabas, “Constitución Nacional”, hasta las específicas como por ejemplo la Ley 23.592, 23.551, etc. Denunciar los hechos ante el Inadí y pedir la reinstalación al puesto de trabajo, si fue despedido, considerarse despedido (despido indirecto) y reclamar los rubros correspondientes, a despido por causas de mobbing o discriminatorio, más los daños ocasionados, que no quedan circunscritos a la indemnización tarifada de la Ley 20.744, dentro del art. 245, sino que debe indicar con precisión daños moral, psicológico, gastos médicos, periodo de salarios caídos, etc.

5.0- LAS PRUEBAS DEL MOBBING Y LA DISCRIMINACION

Ofrecer prueba en casos de despido discriminatorio es difícil y generalmente se arriman indicios que así permiten verificar los hechos narrados: No consiste en verificar que todos los indicios se encuentran en la situación analizada, si no en inducir de la unión de varios de ellos la existencia de la discriminación: si a los varones se les abona mejor salario que a las mujeres, sí en una situación de crisis se empieza a despedir por el delegado real en vez de respetar el orden lógico del Art 247 de la LCT, si una mujer no es ascendida refiriéndose a un varón con menos antecedentes, bien puede producirse que se está ante una discriminación⁵⁸.

La voz latina *indicium* significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio, en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de este (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se índice otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos⁵⁹.

Si estamos en una habitación cerrada y no tenemos ventanas para constatar si llueve afuera, seguramente, percataremos al ver entrar gente mojada y con paraguas que, efectivamente, llueve. A partir de la gente con paraguas, piloto y con sus ropas mojadas inferimos que afuera llueve, pues, este es un tipo de razonamiento. La Sala IX señaló que en lo relativo a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la ley 23.592 -qué penaliza con la nulidad los actos discriminatorios- el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona a su derecho fundamental, con suficiente para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada.

Analizar el comportamiento procesal de las partes es una fuente de indicios que derivan de silencios, en comparencias y falsedades. Es decir, que el comportamiento asumido por cualquiera de las partes durante el proceso tiene entidad de prueba y nuestras convicciones tienen entidad de valor.

⁵⁸ Capón Filas, R. (1980). *Derecho Laboral* (1ª Ed). La Plata: Platense

⁵⁹ CNAT, Sala VII, “Bruno, Juliana c/Elektra de Argentina S.A. s/despido” sent. Def. N° 49902 de 21/10/2016, voto de Rodríguez Brunengo.

La ley 23592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio: El primer antecedente de aplicación de esta norma lo encontramos en el fallo dictado con fecha 29 de junio de 2001 por la sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo...Staforrini Marcelo R. c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Anses s/Amparo. En ese falló el accionante denunció haber sufrido un despido discriminatorio y finalmente se resolvió declarar la nulidad de ese acto extintivo por ser discriminatorio y prohibido. (DOMINGUEZ GONZALO J. "La ley 23.592 y su aplicación en el campo laboral", Microjuris, 2015)

¿Qué es la carga probatoria?

La carga de la prueba es una noción procesal que indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentran pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes interesa acreditar tales derechos para evitarse consecuencias desfavorables⁶⁰.

En si la carga de la prueba pesa sobre quien pretende innovar en la posición de su adversario⁶¹. Es decir, cada parte tiene interés de probar para obtener el éxito en el litigio y es un imperativo del propio interés de cada litigante. La fórmula teórica conocida como "de las cargas probatorias dinámicas", morigero las consecuencias que derivan de las exigencias de la carga probatoria. A partir de dicha teorización, la prueba pesaría sobre quién estaría en mayores facilidades de conseguirla para el esclarecimiento de los hechos⁶². Por ejemplo: cuando la demandada alega que fue la emergencia económica la causa del despido, ella está en mejor condiciones de aportar las pruebas artículos 62 y 63 LCT.

La carga probatoria que se impone al empleador en estos casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN; ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que "quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política gremial, sexo, caracteres físicos, etc.), deberá demostrar poseer las características que considera motivantes del hecho que ataca y los elementos de hecho o, en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste (Karpiuk, 2011, p.94).

En el fallo Pellicori Liliana Silvia c/colegio Público de Abogados de la Capital Federal s / Amparo 2011, se desarrolló sobre quién debe cargar la prueba en los procesos, en los cuales se discute la existencia o no de un acto discriminatorio:

⁶⁰ CNCom, sala C, 26/5/95, E.D, 165-403; SCJ de Mendoza, sala I, 14-2-90, E.D 139-644.

⁶¹ S.C.P.B.A "SilvaJuan J. c/ E.S.E.B.A. s/despido" 22/11/2007.

⁶² Tribunal de San Martín, Sala IV "Aldecoa Alfredo y Otro c/Rossi Elvira Anita y otro s/despido", 2012.

Como se ha sostenido en reiterados precedentes, y según criterio que ha sido desarrollado con amplitud por la Corte Suprema en el caso Pellicori, entre otros, frente a la denuncia de un despido discriminatorio, no puede en modo alguno la demandada pretender pasar su defensa simple y llanamente en lo dispuesto en el artículo 245 LCT. Por el contrario, debe en todo caso alegar y luego probar de modo suficiente la existencia de razones o motivos que hubieran dado lugar al despido, que resulten en todo caso diferente de las situaciones que el dependiente considero discriminatorias⁶³.

En fallos conocidos como Balaguer y Parra Vera se estableció que se debe superar un umbral mínimo y una vez ello el demandado deberá cargar con la acreditación de que su actuación tuvo causas reales (objetivos razonables que existieron para fundamentar el despido) y ajenas a la discriminación.

Un gran barrera e inminente problema que se encuentra con los despidos motivados en mobbing o discriminación, es la difícil tarea probatoria, encontrar los elementos necesarios para lograr presentar en juicio y lograr el convencimiento del juez o jueces que deben sentenciar las diversas causa que se presentan.

Es destacable y de suma importancia que el derecho laboral tiene principios propios como lo es el de “primacía de la realidad”, dicho principio otorga prioridad a los hechos, por lo que debemos inferir, lo que efectivamente ocurrió en la realidad, sea etapa previa a la contratación, en la ejecución o finalización del contrato laboral. Por su parte el “principio de buena fe”, nos indica sin ser un principio específico ni exclusivo, que las partes deben tener una conducta recíproca que comprende el deber de actuar con fidelidad, adoptando conductas adecuadas en todo momento de la relación laboral. El “principio de justicia social”, es un concepto de amplia aplicación, que indica que cuando una cuestión no se pueda resolver por la aplicación de normas específicas que rigen el contrato laboral, se debe decidir conforme a los principios de la justicia social, la equidad y la buena fe. Por último y un principio eje de nuestra estudio, es el “principio de no discriminación e igualdad de trato” y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación y a no adoptar medidas que provoquen mobbing, se encuentra tutelado Constitucionalmente, por Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, Convenios de la OIT ratificados por nuestro país, leyes de aplicación específica y general, se puede afirmar que ha ingresado en el campo del *ius cogens*, al especificar que cuando un trabajador se siente o

⁶³ CNAT, Sala VII, “De Freitas Antonio Joaquin c/BBVA Banco Frances S.A. s/despido”, Sent. Def. 45698 de 30/8/013, voto de Beatriz Fontana.

considera injustamente acosado, injuriado, discriminado, debe producirse el desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba, afirmando que esta específica herramienta probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador, y a la grave dificultad de la prueba de los hechos de hostigamiento, acoso, discriminación o lesivos del derecho fundamental.

En el voto del Dr. Oscar Zas, dicho magistrado señaló, -el *onus probando* quedaría articulado de la siguiente manera: el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello “no basta una mera alegación, sino que debe acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorias contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una autentica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos, que debe llevar al Tribunal a la convicción que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador⁶⁴.

6.0- DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCTAS DE MOBBING Y DISCRIMINACIÓN.

a) DAÑO MORAL

La ley 23.592, en su art. 1º, establece que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o a cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado.

⁶⁴ CNTrab, Sala V, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. s/Amparo” Expte. N° 144/05, Sent. N° 68536, 14/06/2006.

Aquí el texto legal refiere a la eventualidad de la reparación por daño moral -utiliza la conjunción copulativa "y" haciendo referencia a que el trabajador discriminado puede reclamar el daño moral-, cuando se lo reinstala. Con el solo hecho de la reinstalación, no implica que haya quedado reparado el daño ocasionado (moral); en este caso, el principio constitucional de *alterum non laedere* opera en toda su amplitud.

Por su parte el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales dispone que: "conforme a los principios enunciados en la carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables".

Debemos entender que el trabajador puede, si lo prefiere, por distintas circunstancias -en caso de extinguir el vínculo porque la injuria no admite su consecución-, reclamar la indemnización por despido sin justa causa, conforme al régimen especial de la ley de contrato de trabajo, más las agravantes que el sistema contemple (trabajadora embarazada, contrayentes matrimoniales o representantes sindicales). Y de manera autónoma, el daño ocasionado por el acto discriminatorio que le ha provocado dolor, sufrimiento o zozobra espiritual, en función del art. 1078 del Cód. Civil, cuya cuantificación será determinada definitivamente por el juzgador.

Ante un acto discriminatorio corresponde acoger el reclamo por daño moral toda vez que de conformidad a lo dispuesto por los artículos 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, 81 de la ley de contrato de trabajo, 1º de la ley 23.592 y 1044 y 1056 del Cód. Civil, un acto discriminatorio produce los efectos de un acto ilícito... El interés protegido por el artículo 81 de la ley de contrato de trabajo es básicamente moral, en tanto procura evitar que el dependiente se ha colocado, sin causa justificada, en situación desdolorosa dentro del ámbito empresario por lo que el trato discriminatorio justifica la procedencia de la reparación del daño moral... Aun cuando no se acredite que haya mediado dolo, culpa, negligencia o ligereza por parte del empleador⁶⁵.

Resulta viable la indemnización por daño moral ante el caso, de encontrarse comprobado que la trabajadora notificó su estado de gravidez en forma fehaciente a su empleadora mediante carta documento y que esta última desconoció en forma maliciosa dicha comunicación de embarazo y no habiéndose podido demostrar la causal de abandono de trabajo en que fundara el

⁶⁵ Samuel, O. (2012). *Discriminación Laboral*. (1ª Ed. Buenos Aires): Editorial Astrea.

despido de la trabajadora. Cabe concluir entonces que el distracto configuró un acto de legítima discriminación hacia la trabajadora⁶⁶.

Grisolía precisa que, "para que se configure daño moral, la jurisprudencia entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un ilícito adicional al despido (Grisolía, 2004, p. 1228).

La ilicitud se refiere a la antijurídica conducta que se califica de injuriente, descalificante, nociva para el trabajador. Este cumulo de hechos ilícitos y violatorios de derechos humanos, serán un conjunto de elementos que conformaran la prueba de los hechos ilícitos.

Las pruebas de la configuración de los hechos ilícitos, serán de profunda validez en etapa judicial o de eventuales reclamos, dichas aportes probatorios y circunstancias recaen en el trabajador, es decir, los aportes probatorios, indicios, deben ser aportados por el trabajador, y serán de gran valor probatorio y apreciados por el juez en la etapa probatoria judicial.

b) CONSECUENCIAS PERSONALES PARA EL TRABAJADOR

Tanto el acoso que puede sufrir el trabajador, como las diversas conductas de mobbing y discriminación, tienen consecuencias nefastas para la víctima, a nivel físico, psicológico y familiar.

Los hostigamientos, acosos y malos tratos, a los que son sometidas las victimas del mobbing y discriminación, conducen a que la persona desarrolle una serie de problemas físicos o psicosomáticos, o que agrave sintomatologías o patologías preexistentes, en los que se señala los siguientes:

a) Efectos cognitivos e hiper reaccion psíquicas: olvido, dificultad para concentrarse, depresión, falta de iniciativa, irritabilidad agitación, nerviosismo, ataques de ira, sentimientos de inseguridad, hipersensibilidad, etc.

b) Síntomas psicosomáticos de estrés: pesadillas, sueños vividos, dolores abdominales, diarreas, colon irritable, vómitos, nauseas, falta de apetito, llanto, aislamiento, etc.

⁶⁶ CNTrab, Sala VII, "Sosa, Evaristo c/Furco SRL s/despido", voto de los doctores Guibourg y Porta, 29/2/08.

c) Síntomas de desajuste del Sistema Nervioso Autónomo: dolores de pecho, sudoración, sequedad en la boca, palpitaciones, hipertensión, sofocos, etc.

d) Síntomas de desgaste físico producido por un estrés mantenido durante mucho tiempo: dolores de espalda dorsal y lumbar, dolor cervical, dolores musculares (fibromialgia), etc.

e) Trastornos del sueño: dificultad para conciliar el sueño, sueño interrumpido, etc.

f) Cansancio y debilidad: fatiga crónica, flojedad en las piernas, debilidad, desmayos, temblores, etc. (Piñuel y Zabala., (2001), p.76/77.

A su vez debemos señalar, que es frecuente los problemas de tipo inmunológico (disminución de resistencia a enfermedades), aparición de enfermedades de la piel (psoriasis, vitíligo, etc.), cefaleas tensionales, alopecia psicógena (calvicie de origen psicológico o nervioso), úlceras, gastritis, etc. Se vinculan inevitablemente, con un estado intenso de estrés mantenido en el tiempo y que una parte de la doctrina reformulada, uniendo la figura y elementos descriptivos de los trastornos por estrés postraumático, de ansiedad generalizada, o síndrome de fatiga crónica, generando así una clasificación consensuada de lo que podría definir como “síndrome de estrés por coacción continuada”. (Piñuel y Zabala., (2001), p.76/77/81/85.

C) EFECTOS FAMILIARES Y CONYUGALES

Aquí se debe destacar que los cambios que padece una persona que es víctima de discriminación y mobbing, necesariamente influirán en sus ámbitos de relación personal más íntimos: la familia y la relación de pareja.

Ante la realidad, es difícil que la pareja de la víctima comprenda que es lo que está pasando. Es más probable que en vez de hallar una figura empática de apoyo y comprensión, encuentre una crítica respecto de su proceder.

Esta falta de empatía por parte de la pareja o la familia hunde a la víctima aún más en su ya delicado estado emocional. Sentir que quienes te rodean más íntimamente no te apoyan es abrir la puerta a pensar si el acosador no tendrá razón y se tratara de una especie de paranoia imputable solo a la propia víctima. A ello se unen las quejas de la familia al tener que escuchar, permanentemente, las mismas historias y protestas sobre el trabajo.

Obviamente, estas consecuencias se extienden a todo el ámbito familiar. No es extraño que, sorpresivamente y sin razón aparente (para los espectadores), aumenten las tensiones con los hijos o con la pareja y la conflictividad en el seno familiar –con episodios incluso de violencia doméstica, hasta ese momento inexistentes-.

Finalmente, existe un factor de innegable importancia: el trabajo es la fuente de ingresos de la familia. Abandonar el puesto de trabajo –saliendo de la situación de acoso- es una opción inaceptable en la mayor parte de los casos (a pesar de que, inevitablemente, ése será el resultado final)⁶⁷.

D) EFECTOS ECONÓMICOS, LABORALES Y PROFESIONALES

Como complemento de los daños que produce en la persona víctima de discriminación y conductas de mobbing, además debemos sumar los efectos perniciosos tanto a nivel puramente económico (ya sea directa o indirectamente) como en lo que respecta a su empleabilidad y mantenimiento en el mercado laboral.

Las conductas de trato discriminatorio y mobbing, generan en muchos casos, una reducción directa de jornadas de trabajo y directamente, de la retribución a percibir por la víctima (este hecho, además, puede sumirla en una crisis adicional –la disminución de disponibilidad económica- que empeora aún más su estado emocional).

Una encuesta desarrollada a 193 personas, arroja los siguientes resultados: el 23% estuvo de baja laboral menos de un mes, el 23.5%, de 1 a 3 meses, el 36%, de 3 meses a 1 año, el 10.5%, de 1 a 2 años, el 7% estuvo de baja durante 2 años o más.

Esta reducción directa de salarios o remuneraciones se torna más grave en aquellos casos en los que la retribución está ligada directamente con los logros o éxitos profesionales (productividad, comisiones, incentivos, etc.).

Los resultados de la encuesta aún son más alarmantes, al indicar, que al menos un 37% de los casos desarrollados en el ámbito laboral, el victimario consigue su propósito directo: el abandono del trabajo por parte de la víctima, por diversos motivos: el 20% de los casos, despiden a la persona por alguna falta, el 9% de los casos, el despido es “negociado”, el 7% de los casos, la persona renuncia al puesto de trabajo, en el 1% de los casos, se optó por una prejubilación. (Hirigoyen, 1999, p. 104/106)

Además de los factores directos, existen factores indirectos, como los gastos de tipo médico y sanitario. Aquellas víctimas que reciben tratamiento, sus médicos prescriben tratamientos sintomático como consecuencia de los trastornos psicopáticos que presentan habría que sumar todos aquellos casos en que, en la primera instancia, se acude a la automedicación, en aquellos casos de cefalea, problemas digestivos, intestinales, alteración del sueño, etc.

Profesionalmente, la víctima corre el riesgo de entrar en el fin de su empleabilidad.

El estado emocional, es un factor de suma importancia, ya que generalmente es inapropiado para intentar un nuevo empleo, debido a que la víctima se encuentra en un estado de angustia, depresión, desmoralizado, etc. El eventual estado de estrés postraumático le hace

⁶⁷ Abajo Olivares, F. (2006). *Acoso psicológico en el ámbito laboral*. (2ª Ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

revivir las situaciones y reactiva las heridas pasadas. Su aislamiento, temor e inseguridad no son buenos anexos para ningún *curriculum vitae*.

Como cierre debemos imaginar el análisis de la trayectoria y antecedentes de un eventual futuro trabajador, en el cual observamos periódicas o permanentes bajas médicas, tratamientos o diagnósticos de tipo psicológico, etc.⁶⁸.

Con el final de la empleabilidad, la persona no puede cambiar de trabajo, pedir un traslado o, simplemente, buscar otro trabajo con lo que queda abocado a una situación profesional imposible.

También se reducen sus posibilidades de hacer frente a las manipulaciones y acusaciones malévolas del hostigador, pues el efecto de sus ataques puede dar al traste con la calidad de su trabajo de manera efectiva.

Se trata de un crimen perfecto. No deja huella. (Piñuel y Zabala, 2001, p. 107).

7.0- CONCLUSIONES

En el estudio que nos ocupa, el trato discriminatorio y las conductas de mobbing son justamente un daño adicional, innecesario, vil y despreciable socialmente. Además de antijurídico, en virtud del artículo 1º de la ley 23.592 y de los tratados internacionales con fuerza supra legal, en función del artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, el daño puede presentarse en la etapa precontractual, durante la ejecución del contrato o al extinguirlo. En las tres hipótesis se encuentra tutelado por la legislación antidiscriminatoria.

La ampliación legislativa en conjunto con la doctrina y jurisprudencia ha ido modificando la tendencia, que a través de los años es cada vez más sólida y brinda mayor protección a los trabajadores que padecen éstas clases de violaciones a los derechos humanos. Se observa un cambio progresivo en la protección, desde el fallo “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”, apreciamos un fallo ejemplificado sobre aquellas conductas discriminatorias en la selección de personal, el cual condeno a la demandada a contratar personal femenino en los años posteriores al fallo, hasta compensar los cupos masculinos en las contrataciones anteriores al amparo interpuesto.

La Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales brinda específica protección a delegados sindicales, candidatos, etc. Pero aquellos activistas gremiales o quienes participaban activamente en reuniones con fines protectorios o de ampliar la protección gremial, podían ver disminuida su

⁶⁸ Abajo Olivares, F. (2006). *Acoso psicológico en el ámbito laboral*. (2ª Ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

protección y podían ser vulnerables a ser discriminados, separados de sus tareas laborales, aquí la Ley 23.592 de Actos Discriminatorios, sienta firme sus bases y protege los derechos de los trabajadores en forma amplia, indicando que a petición de parte sean nuevamente colocados en su puesto de trabajo, (nulidad del despido discriminatorio), o les da derecho a exigir una indemnización extra, no solo la tarifada del art. 245, de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, una indemnización que contemple daño moral, psicológico, etc. Lo que nos indica que la jurisprudencia, recepta en el derecho laboral a la ley 23.592.

En lo referido al procedimiento de denunciar los actos ilícitos de mobbing y discriminación, advertimos que no se encuentran regulados, lo que dificulta la tarea a la víctima de estos ilícitos, no existe regulación que indique de qué manera proceder. La jurisprudencia indica que debe denunciar los hechos y a su vez aportar elementos probatorios, un mínimo de elementos que sean conducentes, desde los indicios hasta grabaciones, testimonios, comunicaciones por mail, documentos, etc. Elementos que serán valorados en etapa de reclamos por reinstalación al puesto de trabajo o en caso de optar por una indemnización, valorados en la etapa probatoria por el juez que entienda en la causa.

La valoración de los daños es considerada desde lo moral, lo psicológico, lo económico, consecuencias personales, consecuencias familiares. Todas conducen a ser nefastas y gravemente perjuicios al trabajador, la injuria que produce el mobbing y la discriminación es tan impactante que en la gran mayoría de casos, las víctimas acuden a asistencia médica profesional para ser tratados por problemas de tipo psicológico, depresión y profunda angustia, sentirse aislados y con dificultad para integrarse a la familia y sociedad, a raíz de los hechos que provoca esta clase de trata inhumano.

CAPITULO IV

1.0- INTRODUCCIÓN

En una breve descripción y análisis de derecho comparado, citamos el derecho antidiscriminatorio proveniente de Estados Unidos, su origen y reciente aplicación al derecho laboral. Citamos un caso de jurisprudencia nacional, en el que se verificó un gran obstáculo a la prueba de la actora, finalmente con una condena hacia la empleadora, pero en el transcurso del tiempo, es de destacar los daños psicológicos padecidos por la actora. Traemos a modo de ejemplo y comparación un fallo proveniente de España, en el que se trata un caso de *mobbing*, y una condena solidaria a la empresa, por los hechos violatorios de los derechos humanos de sus dependientes hacia sus pares.

A través de doctrina y jurisprudencia, analizamos y vemos la progresividad a favor de los trabajadores en los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires y finalizamos con un proyecto legislativo, que presenta novedades, propuestas para prevenir, erradicar y sancionar conductas de violencia laboral.

2.0- DESCRIPCION Y ANALISIS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

2.1- El derecho antidiscriminatorio, en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Se ha afirmado que la expresión derecho antidiscriminatorio se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de color o con mayor exactitud de raza negra.

La norma paradigmática de la disciplina en los Estados Unidos es la Ley de Derechos Civiles del año 1964, que originariamente estuvo dirigida a generalizar el derecho al voto y a combatir la discriminación centrada en la segregación racial aunque ya preveía cierta protección contra la discriminación basada en el sexo.

¿Cuándo una práctica empresarial de empleo puede considerarse o no discriminatoria?, el estudio de los casos más recientes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en los fallos más recientes, puede inferirse que la Corte Norteamericana ha profundizado los alcances interpretativos mirando levemente hacia una interpretación más protectora, basada en una concepción más amplia de las prácticas discriminatorias en el empleo y la ocupación, pero dicha ampliación de la protección parece estar dirigida sustancialmente al resguardo exclusivo de los grupos que se identifican como históricamente relegados o desfavorecidos por la discriminación. También puede resaltarse una nada discreta preferencia protectora respecto de determinados grupos desfavorecidos (mujeres, afro-americanos).

Dentro de la jurisprudencia reciente, “National Railroad Passenger Corporation (AMTRAK) v Morgan”⁶⁹, un hombre afroamericano inició una demanda por discriminación contra su empleador y contra el departamento de igualdad en el empleo y la vivienda de California, alegando haber sufrido actos de descrédito y represalia, así como un ambiente laboral racionalmente hostil en su lugar de trabajo. A fin de considerar que la demanda fue articulada dentro del estrecho plazo de prescripción que exige la normativa aplicable, la Corte mérito que un ambiente de trabajo racionalmente hostil es una práctica laboral discriminatoria, constituida por un número de actos sucesivos y articulados intencionalmente en contra del empleado y que si cualquiera de esos actos -incluso el último-, había ocurrido dentro del plazo para accionar era suficiente para considerar la demanda temporalmente bien deducida.

En este punto la corte afirma que los casos de ambiente de trabajo hostil (también denominados acoso moral, acoso laboral o *mobbing*), se diferencian de los casos de actos de descrédito (injuria). La naturaleza propia del acoso moral implica una conducta repetida por la que no puede afirmarse que la práctica discriminatoria se haya dado en un día en particular, ocurre en una serie de días meses o tal vez años y en contraposición con los actos de descrédito que son accionables en su individualidad [a un acto individual solitario de *mobbing* no puede ser calificado de acoso]. (Alonso L. 2004, p.1490)

⁶⁹CSJ. EE.UU. National Railroad Passenger Corporation (AMTRAK) v. Morgan. N° 00-1614, Argued 09/02/2002.

En este sentido la corte norteamericana ha decidido que bajo la sección 706 de La Ley de Derechos Civiles de 1964, según su texto original, cuando un tribunal decidía que un empleador había desarrollado intencionalmente una práctica de empleo ilegítima, se encontraba autorizado a acordar a la víctima de esa práctica distintos remedios sustantivos: órdenes o instrucciones judiciales a su empleador v.g. para que detenga su acción ilegítima, reinstalación en el puesto de trabajo, indemnización y beneficios perdidos.

Luego de que el Congreso Norteamericano extendiera en 1972 estos remedios mediante la frase cualquier otro aliciente que las Cortes estimen apropiado, los tribunales comenzaron a tomar una interpretación amplia de indemnización incluyendo los pagos realizados en sustitución de la reinstalación en el puesto.

En 1991, El Congreso extendió los remedios posibles incluyendo los daños compensatorios y los daños punitivos dentro de la sección 1981 a (b) del 3' Cap. Esta norma fue interpretada por la Suprema Corte como la creación de remedios en adición a los establecidos y autorizados por la sección 706 del capítulo 7 de la ley de derechos civiles del año 1964. (Alonso, L. 2004, p.1492)

Conclusión: la doctrina y jurisprudencia de la CSJ de EE.UU, creó la expresión derecho antidiscriminatorio, con el objetivo de abolir prácticas civiles en contra de la discriminación, fue profundizando el alcance llegando a la esfera laboral, aplicándolo a casos de discriminación, comenzó por las marcadas diferencias raciales, luego lo amplió al trato a las mujeres. La corte también se pronunció sobre el *mobbing*, y los tratos hostiles, lo diferencio de las injurias y en todos los tópicos brinda protección a los trabajadores, tomando los conceptos en forma amplia, reconociendo la reinstalación a los puestos de trabajo e incluyendo los pagos de daños compensatorios y punitivos a aquellos trabajadores que sufrieron el *mobbing* o la discriminación.

2.2- Jurisprudencia y análisis en el ámbito Nacional

En el caso “Acevedo Cariglio, C. c/Banco Suquia S.A.”, la pretensora interpone recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la sentencia emitida por la Cámara, recurso al que el tribunal superior hace lugar en base a que no se ha considerado debidamente la prueba que fuera acompañada oportunamente y que dadas sobradas evidencias del acoso psicológico padecido.

Es destacable la negación valorativa de la prueba, porque la cantidad de pruebas aportadas por la actora al parecer, para la Cámara, no bastaron; detallo en breves líneas los aportes probatorios de la actora:

A) Legajo médico de ingreso, con buena capacitación, sin ningún problema de salud, prueba relevante porque proviene de la accionada. B) Informe elaborado por la empleadora, año 1999, en el que no se indica que la accionante tuviera problemas de salud. C) Los Autos N° 10.559, originarios de la Cámara Sexta del Trabajo en relación al despido que tramitara la actora. Fueron una prueba importante para determinar las condiciones de trabajo y diversas implicancias que tuvo el despido, el que fuera consecuencia del *mobbing* padecido. D) Certificados médicos expedidos, en el que resulta esclarecedor respecto a la enfermedad que sufre la actora, que se originó en el ámbito laboral a raíz de los ataques personales que padeció de parte de sus superiores. E) Copias de las recetas médicas emitidas para el tratamiento, en la que se demuestra que tomaba medicamentos para concurrir al trabajo. F) Dos copias de informes médicos, decepcionados por el jefe administrativo del banco demandado, que prueban que estaba capacitada con un alto conocimiento técnico por su especialidad y que vinculan la enfermedad adquirida por *mobbing* con el quehacer laboral. G) Seis certificados médicos, que dan cuenta de los problemas que iba ateniendo la actora a medida que las presiones laborales, psicológicas y personales aumentaban. H) Cuatro informes médicos de la Clínica Privada de Trabajo, en los que consta síntomas de una enfermedad nerviosa con causa en la actividad laboral desarrollada en el banco. I) Copia del informe individual desarrollada a la actora, copias de certificados del Hospital Español y dos certificados de Ram S.R.L. Salud Mental, que dan cuenta de la reiteración de los síntomas de la accionante a medida que la iban acorralando en el ámbito laboral hasta llegar a dos intentos de suicidio. J) Pericia psiquiátrica, la que prueba la relación causal entre el medio laboral y el daño sufrido por la actora en su persona.

En cuanto a la imposibilidad de que los testigos hayan concurrido a la audiencia cómo se expresa que no hubo manera de acercarlos al tribunal para obtener su declaración.

Con todo esto y fundado en un claro y acertado juicio con el Supremo Tribunal de Mendoza expresó:... Cabe señalar que la demanda ordinaria promovida por la actora, relata que los hechos que le han originado el síndrome depresivo reactivo en periodo de estado moderado a grave, con ideas suicidas e intentos de suicidio, es producto directo de la presión y agresiones de los estresores de origen laboral, cuya responsabilidad es atribuible a la empleadora, y que en

doctrina y jurisprudencia laboral se denomina indistintamente como ‘acoso psicológico en el trabajo’, ‘acoso moral’, ‘acoso laboral’ ‘*mobbing*’.

Eso así, a los efectos de examinar en el caso concreto si la dolencia denunciada por la Sra. Acevedo y por la que se demanda laboralmente es producto del acoso psicológico recibido en el banco donde trabajaba, resultan relevantes las pruebas vinculadas con los certificados médicos, pericias psiquiátricas y tratamientos médicos agregados a la causa, que deben valorarse dentro del sistema de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba.

En tal sentido, consideró que vicia de arbitrariedad a la sentencia la omisión de la Cámara de ponderar el certificado de incapacidad laboral emitido por el médico laboral y reconocido según consta en el acta, en el que informa entre otras cuestiones que la actora padece de síndrome depresivo reactivo en periodo de estado moderado severo con ideas suicidas, lo que le da una incapacidad global (anatómica y funcional) parcial, permanentemente del 60% de la total obrera. Y que según le ha referido la actora a este médico, a raíz del cierre del banco de Mendoza donde trabajaba, y en razón de sus buenos antecedentes laborales continuó desarrollando sus tareas laborales en la misma sucursal, pero bajó otra firma comercial. Que a mediados de 1999 la relación con el gerente es distante y fría, que le iban limitando las posibilidades de desarrollar sus tareas y si la situación se vuelve cada vez más tensa porque también padece acoso sexual por parte de los directivos del banco.

Asimismo, el *a quo* también ha omitido meritar las copias de las recetas médicas, de certificados médicos y de informes médicos de los que se pueden inferir razonablemente indicios de que la trabajadora padecía síntomas de enfermedad nerviosa con causa en la actividad laboral que desarrollaba en el banco. Y además según el informe médico laboral de abril del año 2000 de la Clínica Privada del Trabajo y remitido a Banco Suquía, -ignorado lisa y llanamente-, también por la Cámara, se acredita que la paciente en el mes de enero, sin antecedentes médicos previos, comienza con síndrome ansioso como respuesta según refiere a su reubicación laboral. Se la médica con ansiolíticos.

También son procedentes los agravios que denuncian que la Cámara ha omitido analizar la copia de dos certificados del Hospital Español y dos certificados de Ram S.R.L. Salud Mental, los que demuestran la reiteración de los síntomas de la actora a medida que se tornaba más tensa y persecutoria la relación laboral.

Además ha omitido el *a quo* analizar el informe individual de fecha septiembre de 1999, en el que se destaca entre otros datos que actualmente manifiesta estar atravesando por una delicada situación laboral, donde ella asume una postura muy definida y por momentos controvertida.

Tampoco ha meritado la Cámara el legajo personal de la actora, emitido por la empleadora donde no se informa que la actora pareciera alguna enfermedad, sino que estaba altamente capacitada para las tareas que desempeñaban el banco.

El Superior Tribunal de Mendoza, consciente de la difícil situación en la que se encuentra la parte actora, sin descartar otro tipo de pruebas también se sirve de los indicios y de las presunciones, en miras a una resolución más acabada: en mi criterio, las pruebas mencionadas son decisivas para la resolución del caso, porque en el *mobbing* como causal de despido indirecto o como enfermedad profesional, es necesario demostrar el daño psicológico. Y debido a la naturaleza de la relación existente entre el trabajador (acosado) y el empleador (Acosante o agresor), en muchas ocasiones le resulta muy difícil al trabajador acosado lograr producir la prueba testimonial, porque el empleador y sobre todo si pertenecen a la jerarquía de directivos, se limitará a negar los hechos de acoso, a la vez que los compañeros de trabajo por temor a perder el empleo no colaborarán con la víctima.

A raíz de ello, desde la doctrina se ha proporcionado un aporte valioso al introducir la idea de solidaridad y colaboración de las partes en la etapa probatoria. La elaboración de la teoría de las pruebas leviores, aplicable a los asuntos en que resulta difícil cumplir la carga de la prueba por circunstancias ajenas al titular, busca tomar conciencia de las dificultades que ofrece el tema en torno de la prueba, y evitar que ello sea sinónimo de impunidad para que el acosador sea quien resulte beneficiado, y permitir que los jueces cumplan con su deber de esclarecer los hechos controvertidos (Barbado, 2005).

Amén de lo expuesto cómo surge clara de las pericias psiquiátricas efectuadas la relación causal entre los problemas parecidos por la actora y las persecuciones que se perpetraron en el lugar de trabajo:... la pericia psiquiátrica informa que el cuadro que presenta la actora guarda relación de causalidad con las modificaciones laborales a las que se vio sometida; el cuadro que presenta la actora tiene relación causal con una problemática laboral ampliamente detallada en el informe pericial; el cuadro que presenta la actora no es una depresión endógena; el cuadro que presenta la actora tiene como causa factores laborales que desencadenaron una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresivas; los episodios de sobre ingesta de medicamentos fueron consecuencia de la relación entre las características de la actora y la

situación por la que atravesaba; la perito psiquiatra al contestar las impugnaciones efectuadas por la citada en garantía ART PREVENCIÓN S.A., manifiesta que en la evaluación pericial no adhirió ciegamente al relato de la actora, de la historia laboral de la misma se desprenden los datos que vinculan la aparición de síntomas con situaciones laborales estresantes; en el mismo trabajo en diferentes circunstancias el rendimiento de la actora fue óptimo, avalado por el estudio realizado por la Licenciada para el Banco Suquía; siendo los cambios en la situación laboral los que desencadenan en esta persona con estos rasgos de personalidad, una reacción psicológica particular.

Esta prueba pericial es relevante sin lugar a dudas y tampoco ha sido analizada por el *a quo*, como denuncia el recurrente del recurso. Al respecto, adviértase que el perito psiquiatra expresamente informa que el cuadro de depresión que padece la actora no es endógeno, de lo que es lógico y razonable inferir también indicios de *mobbing*⁷⁰.

Conclusión: en el caso analizado, encontramos una ‘dificultad probatoria amplia’, la negación por parte de la cámara a las pruebas presentadas por la actora, testigos de la actora que no concurren, se omitieron los certificados, informes y tratamientos médicos, hechos que viciaron de arbitrariedad la sentencia en Cámara.

Por su parte el Superior Tribunal de Mendoza, expuso el paralelismo del acoso psicológico, moral, laboral y *mobbing*, valoro los indicios y presunciones que emergen de las pruebas citadas e indico que juegan un papel muy importante para demostrar la existencia de *mobbing*, introdujo doctrina de solidaridad y colaboración, e indicó que es necesario la valoración del juez en base a la sana crítica racional.

Por lo que es fundamental la labor del juzgador de saber interrelacionar las pruebas de la causa y apelar a los principios del derecho del trabajo, fundamentalmente al ‘principio de la primacía de la realidad’, ‘al principio protectorio’ y al ‘principio de razonabilidad’, habida cuenta que debido a la diferencia de roles y de fuerza existente entre las partes, por lo general la víctima se encuentra en inferiores condiciones para producir prueba testimonial proveniente del ambiente laboral.

⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, “AcevedoCariglio, Claudia Graciela c/Banco Suquia S.A.”, 28/11/07.

2.3- Jurisprudencia Española, Juzgado de lo Social de Vigo.

Incumplimientos empresariales atentatorios a la dignidad del trabajador: *mobbing*.

El tribunal expuso los fundamentos de derecho:

Según los estudiosos del acoso moral o *mobbing*, las motivaciones del acosador pueden ser múltiples, desde buscar un chivo expiatorio para sus propios fallos, a tratarse de una personalidad psicopática, o, como sospecha la actora (que no afirma), por motivos o venganza personal; tales motivos resultan indiferentes, como regla general para el tratamiento jurídico del problema, pues si lo que se imputa es un acoso moral en el trabajo, la competencia para su conocimiento recae en este orden jurisdiccional laboral.

Viene considerándose el *mobbing* o acoso moral como una forma de acoso en el trabajo por medio de agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores contra esa persona, que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador objeto de la misma.

El parlamento Europeo hace referencia a que el acoso moral afecta al principio de igualdad de trato, ‘el respeto a la consideración debida a la dignidad del trabajador’ es un derecho de todo trabajador, de acuerdo con el art. 4.1 e) del Estatuto de los Trabajadores, y la conducta que antes hemos definido como *mobbing* configura un evidente supuesto de ataque a la dignidad de la persona.

De la prueba practicada se deriva que el demandado vino sometiendo a la actora a un claro acoso moral; según testigos el demandado hablaba a espaldas de la actora, criticándola en su trabajo, acusándola de que a ella no le subiera el sueldo, requiriendo a parte del personal a que tomen partido, en un claro intento de aislamiento. Aislamiento que propicio sacando a la señora S, del despacho que compartía con la actora, no invitándola a comidas con las restantes gerentes o no dirigiéndole la palabra en la oficina. Llego a crear una situación hostil respecto de la señora S., subordinada de la actora, que se negó a responder de sus actividades ante ésta. A ello debemos añadir que los correos o comunicados que le dirigía están llenos de frases agresivas o humillantes, del tipo: “no te pongas medallas que corresponden a otra persona”, “pasaste a ocupar el puesto de gerente exclusivamente por tu relación sentimental con el anterior director de zona”, “si ves que el mundo comercial no es tuyo, hay otros mundo, Sonia”, “si te ves

incapaz de superar determinadas situaciones, comprendería como decisión de ética profesional que presentaras tu renuncia al puesto”.

Evidentemente, la empresa es responsable de las actuaciones de los directivos respecto de sus subordinados; pero es que en el caso de Litis, aun teniendo conocimiento de la situación, nada hizo para evitarlo.

No es suficiente, como la empresa sostuvo, con que se hubiera felicitado a la actora y su equipo en un par de ocasiones, para considerarla exonerada de toda responsabilidad, pues la obligación es conseguir un entorno laboral adecuado, con el debido respeto a la dignidad de los trabajadores, adoptando para ello todas las medidas que sus facultades –incluidas las disciplinarias- le permiten; y al no hacerlo así, incurren en incumplimiento contractual grave.

Debe tenerse en cuenta, como señalo el perito, que el trastorno adaptativo que sufre la actora vino no solo del acoso sufrido, sino también de la sensación de indefensión ante la inactividad de la empresa ante sus denuncias, siendo de destacar que tal reacción de estrés y ansiedad, como señalo el perito, y recogen los estudiosos en la materia, suele ser una de las consecuencias más frecuentes del *mobbing*; en tal sentido se ha reservado la actora las acciones para exigir una indemnización adicional.

Fallo: declara extinguida la relación laboral entre la actora y la empresa, por causa a esta última imputable, condenando a la demandada a abonar a la actora una indemnización por la rescisión del contrato, así como el pago de una multa por temeridad y el abono de los honorarios del letrado de la actora⁷¹.

Conclusión: en la interpretación, de la breve reseña que hemos mencionado del fallo de la jurisprudencia Española, destacamos las similitudes a las que arriba éste tribunal internacional y lo que hemos trabajado definiendo a *mobbing*, aquí destacan las múltiples motivaciones del acosador y definen a *mobbing* como forma de acoso en el trabajo, basado en agresiones aislamiento, creación de rumores, crear un clima hostil de trabajo. El Parlamento Europeo se expide al expresar... “el acoso moral afecta el principio de igualdad de trato” y a la “dignidad del trabajador”, aspectos que nuestra CN, consagra como derechos y garantías de todas las personas.

⁷¹ Juzgado de lo Social de Vigo N° 3, (28/02/2002), Conde Pumpido Tourón, Sonia T. M. c/Sesa Start España ET TSAU. Sentencia 811/2002.

Y en lo particular del caso, la condena alcanza a la empresa, como responsable de las actuaciones de sus dependientes, quienes fueron los responsables directos de los daños causados a través de la figura del *mobbing* laboral, debiendo la indemnización y daños causados por temeridad a la trabajadora víctima de los mencionados hechos, que le produjeron reacciones de estrés y ansiedad, señalas por el perito psiquiatra.

3.0- LINEAMIENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

3.1- Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

La CSJN, se ha pronunciado sobre la aplicación de la ley 23.592 a la relación de trabajo en el ámbito privado y si la reinstalación dispuesta conforme el art. 1° de la ley 23.592 resulta compatible con los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

El máximo tribunal sostiene que la ley 23592 resulta aplicable a las relaciones laborales, y por consiguiente, corresponde la reinstalación del trabajador al puesto de trabajo. Ahora, las vías a las cuales se llega a esta conclusión, merecen una lectura más profunda. La Corte Suprema es clara al pronunciarse a favor de la dignidad del trabajador y que cualquier conducta discriminatoria es un atentado a la persona humana. También, nos recuerda el carácter *erga omnes* de las obligaciones que impone el Derecho Internacional.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, existe una obligación de respeto de los Derechos Humanos entre particulares. Pero no exime en ello, la responsabilidad del estado; puesto que es este quién ha incorporado dentro de su ordenamiento jurídico la Convención Americana de los Derechos del Hombre, lo que le genera una obligación internacional.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia no hace más que dar cuentas de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el ámbito internacional. El razonamiento consiste en que debe eliminarse toda forma de discriminación en todo ámbito, para la construcción de la democracia y la participación ciudadana. El Dr. Duarte al fundamentar el punto 2 de la Carta Socio-Laboral Latinoamericana, el trato discriminatorio

padece de algunos vicios culturales arraigados en prácticas autoritarias⁷². Para la Corte aun cuando el país no ratificó el convenio N° 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT 1982), los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinantes, de acuerdo al comité de derechos económicos sociales y culturales. Así como la reinstalación al puesto de trabajo es, según el protocolo de San Salvador, una consecuencia admisible para la legislación interna art. 7 inc. d.

Según el máximo tribunal, nos encontramos ante un acto nulo de nulidad absoluta. ¿Qué significa ello?, que la nulidad es una sanción legal que priva al acto jurídico de sus efectos normales y regulares por adolecer de un vicio. Se distingue, entonces, en: actos nulos y anulables y entre absolutas y relativas. Los actos nulos, son tales por disposición legal, sin necesidad de la actuación judicial que así lo declaré, por lo que el vicio existe desde el momento mismo en que se originó el acto. Al ser una nulidad absoluta, decimos que se haya comprometido el orden público y no es confirmable dicho acto.

Nos referimos a los votos de los Dres. Ricardo Lorenzetti presidente, Highton de Nolasco y Carmen Argibay. Señalaron que la libertad de contratación es, en nuestro orden jurídico, uno más dentro de los atributos de la persona. Con dicha facultad, puede elegirse la clase de comercio y los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio; Aunque la misma se halla reglamentada por normas imperativas en el derecho laboral, no alcanza a afectar la facultad de contratar o no, y con quién hacerlo. Y que de ninguna forma puede obligarse al empleador -contra su voluntad- a mantener a personal que no es de su confianza.

Cuando la libertad de contratar del empleador entra en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, toda vez que no otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la ley fundamental [...] 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 tiene derecho [...]”⁷³.

⁷² Cit. Serrano Alou, “La Corte Suprema de Justicia y el fallo ‘Álvarez’: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo”, *Revista La Ley*, 11/2004.

⁷³ Corte Suprema, “Álvarez, M. y otros c/Cencosud S.A. 07/12/2010.

El precedente “De Luca” es dejado de lado, en palabras de la CSJN, por una consideración determinante: el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca. Coincido plenamente con esto. Ya al comentar en negativo voto minoritario del precedente “Camusso”, había planteado, el hecho de que en 1969 la Corte Suprema haya declarado inconstitucional la situación de estabilidad propia el empleo privado, por estimarla violatoria del art. 17, CN, pierde vigencia a la luz de las grandes transformaciones operadas desde entonces, en especial con la reforma de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía superior a las leyes.

La Corte Suprema de Justicia interpreta que la ley 23592 ha venido a proteger el pleno ejercicio de los derechos y garantías que la constitución enuncia. La condición de trabajador no obsta a la no aplicación de la norma, al contrario, se insiste en su aplicación.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los Derechos Humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias (Karpiuk, 2011, p.132).

3.2- El despido discriminatorio según doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

En los autos “Villalba Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/Amparo”, la CSJ de Buenos Aires, resulta relevante en cuanto interpreta el sentido y alcance que debe asignarse a la ley 23.592, “ley antidiscriminatoria”, en la de despidos discriminatorios.

Entre los destacados y principales argumentos señalamos:

El doctor Juan C. Fernández Madrid, afirma al respecto que... “la CN establece el principio general de no discriminación en los arts. 14bis y 16, y el art. 43 cierra toda posibilidad a la admisión de un trato discriminatorio cuando expresa que; “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo contra cualquier forma de discriminación...”. Expresa además que, la LCT es explícita sobre el punto en los arts. 17 y 81, y la ley sindical terminante en el tema. (v. art. 7º). Por ultimo sin albergar dudas en cuanto su aplicación de la ley 23.592 en el ámbito laboral, puntualiza que... “lo importante del despido discriminatorio en el régimen de

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

La Corte nacional en el caso “Bercaitz” declaró que “tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia sociales*. Las leyes, pues deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas, con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales le sea posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”.

Más allá de la notoria diversidad del contexto normativo, que en el adjetivo incluso actual –y también en lo sustantivo (por todos: Alonso Olea, Manuel –Casas Bahamonde, María Emilia “Derecho del Trabajo”, pág. 444, 16ª Ed) traduce, al reconocer el despido como un acto necesariamente causal, una protección acentuada, y acaso entonces por esa misma razón, es evocable la doctrina del Tribunal Supremo Español –enrolada en aquella doctrina- que desde la sentencia del 3/12/1987 ha señalado “que quien invoca la discriminación debe ofrecer algún indicio racional fáctico que le sirva de apoyo”, para insistir sentencia del 29/07/1988- en que la inversión de la carga de la prueba no surge ante la mera invocación de un tratamiento discriminatorio, “sino que es necesario que se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de que está en juego el factor que determina la igualdad”, y será, pues, a partir de la constatación de dichas circunstancias “que el empleador deberá destruir la presunción probando que existe causa justificada suficiente” (Ramos, 2011, p.167).

Conclusión: la CSJN, sostiene la aplicación de la ley 23.592 al ámbito laboral, pronunciándose a favor de la dignidad del trabajador, el criterio adoptado indica que el Estado Argentino a través de su CN y los Tratados Internacionales incorporados en la reforma constitucional de 1994, construyen una nación en la que deben eliminarse todas las formas de discriminación en todos los ámbitos.

En lo laboral, la CSJN, se pronuncia a favor de la reinstalación al puesto de trabajo con fundamento en la ley 23.592, el principio de igualdad y no discriminación.

4.0- PROYECTO LEGISLATIVO CONTRA LA VIOLENCIA LABORAL: “Proyecto elaborado por Julio Piumato”.

4.1- Fundamentos:

Acorde con lo que ocurre en el resto del mundo, en los últimos años la problemática de la violencia laboral, y en especial, algunas de las manifestaciones de ésta, tales como el fenómeno del acoso psicológico en el trabajo –también denominado *mobbing*-, han tomado estado público en nuestro país.

Es necesario –una vez más- acudir al art. 14 bis de la Constitución nacional –y su necesaria vinculación con el “bloque federal constitucional”-, cuando reconoce como derecho fundamental inalienable del trabajador el de gozar de condiciones dignas de trabajo.

Para ello, y para comprender a qué nos referimos al hablar de “condiciones dignas” de trabajo, habremos de remitirnos –necesariamente- a la definición que la OIT hace de “trabajo decente”, entendiendo por tal trabajo seguro, dentro de un marco de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana y ajeno a la violencia. El término condiciones dignas, igualmente, hace referencia necesariamente a una situación adecuada en lo que a seguridad e higiene laboral se refiere. Esta situación alcanza tanto a elementos de tipo físico como psicofísico, dentro de lo que se denomina medioambiente laboral y que incluye factores de tipo organizacional.

Es un hecho que la sociedad necesita, finalmente, una regulación concreta acerca de esta problemática. Cada vez más, los diferentes tribunales se ven en la necesidad de dar respuestas (a menudo contradictorias o insuficientes) a los requerimientos que en tal sentido surgen cotidianamente. Cuando desde diferentes sectores se habla de “responsabilidad social empresaria”, tanto los trabajadores como los empleadores necesitan –también aquí- normas claras que les permitan saber cuáles son los límites entre lo permitido y lo sancionable. Es en el marco de esa necesidad de seguridad jurídica y en el de la tutela –real efectiva- del derecho fundamental de los trabajadores argentinos a gozar de ese trabajo digno.

4.2- Aspectos relevantes del Proyecto Legislativo.

Art. 1.- Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer un marco jurídico adecuado para prevenir, controlar, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia laboral.

Art. 3.- definición de violencia laboral. Se define a la violencia laboral como toda acción u omisión, llevada a cabo en el ámbito o con ocasión de relación laboral, sea de ámbito público o privado, que denote la manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física y/o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o función, o degradar el ambiente de trabajo.

...quedan incluidos en la presente ley, como manifestaciones de violencia laboral: 1) el acoso psicológico en el trabajo u hostigamiento laboral. 2) el acoso sexual. 3) la discriminación laboral. 4) el maltrato físico.

Art. 4.- Obligaciones del empleador. Es obligación del empleador mantener el ámbito de trabajo libre de conductas que. [...]. Puedan significar violencia laboral en cualquiera de sus manifestaciones. Para ello deberá implementar políticas. [...]. Dar a conocer a los trabajadores la presente ley, exhibiendo carteles para divulgar la misma.

Será también responsabilidad del empleador, la implementación de un procedimiento interno, adecuado y efectivo que, en cumplimiento de la presente ley, facilite la exposición y solución...

Art. 5.- solidaridad del empleador. El empleador será solidariamente responsable de cuantas indemnizaciones pudieran corresponder al trabajador a consecuencia de la aplicación de la presente ley. [...]. Dicha solidaridad alcanzara a la integra reparación de la totalidad de los daños que pudiera sufrir la víctima, y en especial al daño laboral, moral y material.

Art. 6.- Sanciones disciplinarias. Se aplicara el despido con justa causa a aquellas personas que tengan conductas o hechos de violencia laboral descritos en la presente ley.

Art. 8.- Despido indirecto. Las situaciones de violencia laboral no subsanadas en forma inmediata, por el responsable en el procedimiento, darán lugar al trabajador para hacer denuncia del contrato de trabajo en los términos del art. 242 de la ley 20.744.

En tal supuesto, el empleador abonara una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a las indemnizaciones que pudieren corresponderle al trabajador. [...].

Art. 19.- Creación. Créase el Observatorio contra la Violencia Laboral, como un ente autárquico, que tendrá el carácter de organismo de control y difusión de la presente ley, y que informará orientará, asesorará y prestará servicios y asistencia profesional en forma gratuita, a todas aquellas personas que hayan sido víctimas, testigos o denunciantes de violencia laboral y así lo soliciten.

Art. 20.- Funciones. Serán objetivos específicos del Observatorio contra la Violencia Laboral, entre otros: A) informar y sensibilizar a la sociedad sobre las consecuencias de la violencia laboral. [...]. B) organizar cursos, jornadas, talleres, seminarios, campañas o cualquier otro evento dirigido a tales efectos. C) redactar y elaborar guías, folletos, manuales y cualquier otro tipo de ubicación o producto editorial dirigido a tales efectos. D) desarrollar estudios de campo, informes, encuestas y análisis vinculados con las diferentes manifestaciones de violencia en el ámbito laboral. E) actuar como organismo de control y aplicación en las denuncias por violencia laboral que reciba, conforme lo establecido en la presente ley. F) llevar, con fines estadísticos y de propuesta de políticas públicas relacionadas con la materia, un registro especial sobre reincidencias e incumplimientos, conforme el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Art. 21.- Integración. El Observatorio contra la Violencia Laboral estará integrado por representantes de los sectores gubernamentales, sindical y empresarial, en las condiciones que reglamentariamente se determine. [...].

Conclusión: a través del proyecto legislativo, se busca ampliar derechos a los trabajadores, articulados a la CN, Tratados Internacionales y leyes de aplicación específica, incorporando en el objeto la “prevención, control y sanción a las conductas de *mobbing* y discriminación en el ámbito laboral”.

Éste proyecto obliga a los empleadores a realizar prevención y mantener el ámbito laboral libre de conductas discriminatorias o de *mobbing*, responsabilizando al empleador a buscar un método para prevención y erradicación de los mencionados ilícitos, aunque no da detalles del tipo de método o procedimiento que debería aplicarse.

El empleador será sujeto solidario de responsabilidad inclusive causada por sus dependientes y la indemnización por conductas de *mobbing* y discriminación sería tarifada al igual que un despido invocado según el art. 245 de la LCT, se advierte que no todos los casos producen los mismo tipo de daño y en éste proyecto no se tiene en cuenta la antigüedad de la

persona que sufra éste tipo de hechos ilícitos, por lo que imponer una sanción al empleador y tarifada, es solo advertir el costo adicional que tendrá un despido, es decir un despido de personal que se agrava por el motivo.

El proyecto contempla la posibilidad al empleador de despedir con justa causas, a aquellos empleados que tengan conductas discriminatorias y de *mobbing*, con sus compañeros de trabajo, sin importar el orden de jerarquía, es decir busca el castigo para el autor de los ilícitos, castigo máximo, porque prevé el despido con justa causa y aquí queda controvertido, el despido con justa causa para el autor de las conductas ilícitas y la reparación de los daños causados a la víctima, quedando contemplada la reparación en el empleador, es decir la erogación de indemnización que debía realizar por un despido (ahora con justa causa), la deberá destinar a reparar los daños causados a la víctima de *mobbing* o discriminación.

5.0- CONCLUSIONES DE CIERRE:

Considerando que es la sociedad la que discrimina y que la solución viable puede ser un cambio intenso en nuestra cultura, solución que no se encuentra a nuestro alcance en lo inmediato. A la luz de los hechos sociales, es de presumir que requerirá de un tiempo prolongado para combatir esas conductas que derivan en malos y arbitrarios prejuicios culturales. Es importante realizar una búsqueda de propuestas y alternativas que permitan dar solución a los efectos negativos que tienen origen en los actos de *mobbing* y discriminación laboral, considerando en este sentido que las propuestas y alternativas que surjan de éste trabajo, esperan por un cambio cultural, que permita combatir la discriminación en el ámbito laboral.

Una solución y que en muchas ocasiones la jurisprudencia nacional ha arribado, es la plena aplicación de la ley 23.592, la misma al ser aplicada, considera que de aplicarse el artículo 1º, “se consideran 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”. Por lo que podemos afirmar que todo despido originado en discriminación o cierto paralelismo con el *mobbing*, tendría un objeto prohibido, resultaría un acto nulo, lo que originaría el deber de reparar los daños producidos por el acto nulo y de reponer las cosas al estado anterior, pero de mantener este criterio, sería aplicar la estabilidad absoluta a los trabajadores discriminados o que han padecido *mobbing*. Esta aplicación encontraría un punto de contradicción con la “libertad de contratar”. La libertad de

contratar, es la posibilidad de las personas de elegir alguna clase de comercio, industria, etc. Según sus conveniencias y la de llevar adelante los actos necesarios para llevarlo adelante. Relacionado al ámbito laboral, sería la libertad de contratar que se encuentra reglada por normas imperativas que generan condiciones y restricciones sujetas a dichas normas.

Por lo que no se puede obligarse a empleadores, a mantener personal contra su voluntad, por lo que una vez cursado un despido sin justa causa, se debe reconocer al trabajador el derecho a percibir o reclamar una indemnización proporcional al perjuicio sufrido y no la aplicación de la reincorporación al puesto de trabajo, como lo establece la ley 23.592 a pedido del damnificado. Lo que aquí debería diferenciarse es si el pedido del damnificado se efectúa durante la relación laboral o una vez roto el vínculo laboral (despido). En aquellos casos que se ordene el cese de los actos discriminatorios, estando el trabajador a disposición del empleador, el damnificado además de solicitar el cese de aquellos actos lesivos, puede reclamar por perjuicios padecidos, sin que la relación laboral sufra alteración alguna. En caso de haberse cursado el despido, la reincorporación al puesto de trabajo, sería obligar al empleador a tomar nuevamente al personal, dándole estabilidad absoluta, la cual no se encuentra contemplada en nuestra Constituciones, ni en las leyes laborales, para trabajadores comunes. Aquí entra en controversia el derecho de los trabajadores a no ser despedidos por motivos discriminatorios o de *mobbing* y la libertad de contratación del empleador, y que tiene como facultad finalizar el vínculo laboral realizando la correspondiente indemnización establecida por ley.

Una propuesta para brindar solución, es la aplicación de la ley 23.592, aplicando analogía y limitaciones jurídicas propias del ámbito laboral. La ley de actos discriminatorios 23.592, es de aplicación universal y no debe excluirse de la aplicación laboral, es acorde a los Principios de Igualdad ante la Ley y No Discriminación, por lo que no debe excluirse del ámbito de las relaciones laborales.

La discriminación no admite tolerancia, se reprueba en todos los casos y de manera amplia, considero a la norma por demás apropiada y necesaria en el ámbito laboral, porque la relación laboral muestra un derecho específico que la distingue de otros vínculos jurídicos, dado que la actividad de uno de sus vínculos, el trabajador está constituida por la actividad humana, la cual resulta *per se*, inseparable de la persona humana, y de esta forma de su dignidad, lo que engloba y une firmemente dignidad y trabajo humano en términos entrañables.

En nuestra Constitución y en la LCT, no se garantiza la estabilidad absoluta a los obreros comunes, no se ha consagrado la permanencia absoluta en el puesto laboral, nuestra Constitución y las leyes específicas del ámbito laboral no han establecido la estabilidad propia o absoluta para aquellos puestos de trabajo considerados comunes, la estabilidad absoluta ha sido establecida para aquellos trabajadores que ocupan cargos de representación gremial, por lo que nada impide al empleador a despedir a su personal, sea en cualquier línea de trabajo, en caso de no invocación de causa, el empleador asume la correspondiente carga indemnizatoria. En los casos de despido directo o indirecto sea por razones de discriminación o de *mobbing* el empleador realiza el pago a través de la indemnización tarifada, porque sin discriminación o *mobbing*, el empleador igual puede disponer del despido en cualquier momento con el pago de la correspondiente indemnización.

Aquí la propuesta es reconocer al trabajador discriminado o víctima de *mobbing*, una indemnización que contemple el agravio moral ocasionado, que debería ser prudencialmente fijado por el juez, cuestiones que deben ser prudencialmente fijadas por el juez, teniendo en cuenta la índole y gravedad del hecho generador de responsabilidad y aquellas circunstancias según el caso (art. 522 Cód. Civil). En esta postura no considero que corresponda atribuirle la estabilidad absoluta o propia del trabajador víctima de discriminación o *mobbing*, porque aquellos trabajadores que no representan investidura gremial, gozan de ella.

Al analizar el art. 1° de la ley 23.592, el afectado discriminado y/o víctima de *mobbing*, tiene derecho a que se “deje sin efecto”, el acto discriminatorio y a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos. Dentro del ámbito laboral, debemos distinguir entre aquellos actos que se proyectan sobre la relación laboral extinguida, de aquellos que tienen como finalidad ponerle fin a la relación.

En la primera hipótesis el afectado tiene la posibilidad de reclamar el cese de los actos de conducta discriminatoria y/o *mobbing* como la reparación de los daños causados sin que el tracto del vínculo laboral sufra alteración rupturista.

En caso de que las conductas y/o actos de discriminación y/o *mobbing*, sean orientados a dar por terminado el vínculo laboral, se debe establecer, si es oportuna la orden de continuar de manera forzada con el contrato de trabajo. En este contexto es que realizo el planteo de controversia entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y/o *mobbing* y la libertad de contratar del empleador, en la cual existe la facultad de finalizar el

vínculo laboral (contractual), afrontando los costos indemnizatorios establecidos por ley, liquidación que debe percibir el trabajador.

En lo concerniente a la legislación específica, ésta detalla soluciones para los supuestos de despido discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero no quita la posibilidad que el empleador ponga fin a la relación contractual.

Aquí las soluciones legislativas consiste, en algunos casos, en un mayor costo que debe ser afrontado por el empleador por la decisión de despedir sin casusa al trabajador (despido por matrimonio, art. 182 LCT; o en casos de embarazo, art. 178 LCT), en otras situaciones, la ley otorga una cancelación, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (art. 177 LCT; art. 48 y 50 de la Ley 23.551).

Vemos aquí en ambos supuestos, el criterio aplicado legislativamente se homogeniza en la presunción de que el despido es discriminatorio en vigencia por un plazo determinado, (tres meses anteriores y seis meses posteriores al matrimonio, art. 181, LCT; por el tiempo que dure la gestación, art. 177, tercer párrafo LCT; siete meses y medios anteriores y posteriores al parto, art. 178 LCT; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año, art. 48 de la ley 23.551; seis meses a partir de la postulación art. 49, de la ley 23.551. aquí la protección especial, se debe ajustar a los márgenes establecidos ut supra, fuera de ello, tiene vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin causa.

Al aplicar una solución de índole analógica, se puede acudir a la reparación de los perjuicios padecidos por el trabajador y aplicar criterios similares a los de la LCT, para supuesto que tienen una protección específica, (maternidad y matrimonio, art. 177,178 y 182 LCT), a los que hemos referido, considero que resulta la medida más adecuada para armonizar los derechos de las partes.

En estas condiciones, si el empleador mantiene la negativa de reincorporar y reinstalar al trabajador víctima de discriminación y/o *mobbing* a su puesto de trabajo, correspondería reconocerle a éste último un derecho compensatorio adicional que considere las legítimas expectativas. De esta manera, sin perjuicio del resarcimiento previsto en el art. 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245, más un año de remuneraciones según dispone el art. 182 de la LCT.

6.0- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I) Doctrina

a) Libros:

1. Abajo Olivares, Francisco J. (2.006). *Mobbing: acoso psicológico en el ámbito laboral*. (2ª Edición). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina S.A.
2. Caldera Rafael. (1.957). *Derecho del Trabajo*. (1ª Edición). Buenos Aires.
3. Capón Filas, R. (1.980). *Derecho Laboral*. (1ª Edición). La Plata: Platense.
4. Ekmekdjian, Miguel Ángel. (1.989) *Tratado de Derecho Constitucional*. (2ª Edición). Buenos Aires: Depalma.
5. Etala, Carlos Alberto. (1.998). *Contrato de Trabajo*. (1ª Edición). Buenos Aires: Astrea SRL.
6. Fanjul, Aurelio José. (2.013). *Discriminación por enfermedad en el derecho laboral*. (1ª Edición). Buenos Aires: Astrea SRL.
7. García Venturini, J. (1.978). *Politeia* (1ª Edición). Buenos Aires: Troquel.
8. González, Pondal, Tomas. (2.012). *Mobbing, el acoso psicológico en el ámbito laboral*, (2ª Edición). Buenos Aires: Euros Editores SRL.
9. Grisolia, Julio A. (2.004). *Derecho del trabajo y la seguridad social*. (1ª Edición). Buenos aires: Lexis Nexis.
10. Hirigoyen, Marie France. (1.999). *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. (1ª Edición). Barcelona: Paidós.
11. Iribarren, Marcela M. (2.017). *Demandas laborales*, (1ª Edición). Buenos Aires: Estudio.
12. Karpiuk, Héctor Horacio. (2.011). *Discriminación y despido en el ámbito laboral*, (1ª. Edición). Buenos Aires: Ed. David Grinberg Libros Jurídicos.
13. Leymann, Heinz. (1.996). *Mobbing. La persécution au travail*, (1ª Edición). París: Du Seuil.
14. Livellara, Carlos Alberto. (2.003). *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la constitución reformada* (2ª Edición). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
15. López, Justo José. (1.998). *Libertad Sindical*. (1ª Edición). Buenos Aires. La Ley.
16. Piñuel, Inaki, *Mobbing* (2ª Edición). Madrid: Aguilar.
17. Piñuel y Zabala Iñaki. (2.001). *Mobbing, como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. (1ª Edición). Madrid: Santander.

18. Quiroga Lavié, Humberto. *El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional, en Rosatti, Horacio y otros, La reforma de la Constitución*, (1ª Edición). Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
19. Rosenbaum Rimolo, Jorge. (1.997). *Derechos humanos: su protección en el seno de la OIT*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice VI, p. 147.
20. Ross, Alf. (2.005). *El derecho y la justicia* (1ª Edición). Buenos Aires: Eudeba.
21. Samuel, Osvaldo M. (2.012). *Discriminación laboral* (1ª Edición). Buenos Aires: Astrea.

b) Revistas:

1. Alonso, Lilia M. (2004). La evolución reciente del Derecho antidiscriminatorio de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la Corte de la Unión Europea. “*Revista derecho del trabajo*”, 2004 N° XI. Buenos Aires: Ed. La Ley.
2. Arturo Bronstein. (2.003). Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. La hora de la igualdad en el trabajo. *Revista Informe Global*, 2003-178.
3. Barbado, Patricia B. (2005). El acoso psicológico en el ámbito laboral de la Organización Internacional del Trabajo. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*. (1525, 1526): Lexis Nexis
4. Etala, Carlos Alberto. (2.002). Los convenios de la Organización Internacional de Trabajo y su incorporación. *Revista Derecho y Trabajo*, 2002-677.
5. Morgado Valenzuela, Emilio. Los derechos humanos y el Derecho del Trabajo, “*Revista Debate Laboral*”, año III, N°, 1990, p.5.
6. Mosset Iturraspe, Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación, “*Revista de Derecho Laboral*”, 2008-2, con cita de Bobbio.
7. Rubio, Valentín, discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio, “*Revista de derecho Laboral*”, N° 2000-1. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
8. Serrano Alou, La Corte Suprema de Justicia y el fallo ‘Álvarez’: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo, “*Revista La Ley*”, año LXIV, N° XI, 11/2004.

II) Legislación

a) Internacional:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia, 1.948).
2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia, 1.948).
3. Declaración Universal de Derechos Humanos (10/12/1.948).
4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18/12/1979).
5. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (04/01/1.969).
6. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Ginebra, 18/06/1.998.
7. Convenio N° 98, OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, B.O. (24/09/1959).
8. Convenio N° 100, OIT, Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. B.O. 24/09/1.956.
9. Convenio N° 111, OIT, Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, B.O. 18/06/1.956.
10. Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (03/01/1.976).

II) Legislación

b) Nacional:

1. Constitución Nacional.
2. Ley N° 20.392 de Prohibición de establecer diferencias de remuneraciones entre el trabajo femenino y masculino.
3. Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, Decreto 390/1976, B.O. 21/05/1.976.
4. Ley N° 23.551 de Asociaciones Sindicales, B.O. 23/03/1.988.
5. Ley N° 23.592 de Actos Discriminatorios, B.O. 03/08/1.988.
6. Ley N° 25.013 de Reforma Laboral, B.O. 02/09/1998.
7. Ley N° 25.212 de Pacto Federal del Trabajo, B.O. 24/11/1.999.
8. Ley N° 25.326 de Protección de los datos personales, B.O. 30/10/2.000.

III) Jurisprudencia

A) Nacional:

1. CSJN, Aranda c/Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial s/Amparo, L.L. del 2-6-93, y D.T. 1993-1236, con nota de POSE, Carlos, El derecho de trabajo bajo la óptica constitucional.
 2. CNTrab., Sala VI, Balaguer, Catalina T. c/Pepsico de Argentina S.A., 10/03/2004.
 3. CSJN, “Álvarez, Maximiliano, y otros c/Cencosud SA s/acción de amparo” (07/12/2010), ED, 241-181.
 4. CNTrab, Sala X, “Stafforini, Marcelo c/Administración Nacional de la Seguridad Social”, (20/06/2001)
 5. CSJN, “De Luca, José, y otros c/Banco Francés del Río de la Plata”, (25/02/1969), LL 134-636; DT, 1969-159, y JA, 1-1969-565.
 6. CSJN, “Pellejero, María I. s/amparo, SC P1697, L.XLI. (08/02/2008.
 7. CNAT, Sala V, Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo, fallo 69.131 (21/12/2006), juez Simón, por su voto en mayoría.
 8. CSJ de Mendoza, “Acevedo Cariglio, Claudia Graciela c/Banco Suquía S.A., (28/11/2007).
- B) Internacional:**
9. CSJ EE.UU. National Railroad Passenger Corporation (AMTRAK) v Morgan, (09/02/2002) N° 00-1614, Argued.
 10. Juzgado de lo Social de Vigo N° 3 (28/02/2002), Conde Pumpido Tourón, Sonia T. M. c/ Sesa Start España ET TSAU. Sentencia 811/2002.