

PROTECCIONES E INDEMNIZACIONES EN CASOS DE DESPIDO DISCRIMINATORIO ¹

PROTECTIONS AND COMPENSATION IN CASES OF DISCRIMINATORY DISMISSAL

Por *Angel L. Ciappino* (*)

RESUMEN: El derecho laboral regula el despido discriminatorio como una práctica considerada arbitraria, ilegal, desigual, y que va en contra de los principios generales del derecho, principalmente el principio de igualdad y demás derechos fundamentales. Trabajar es un derecho fundamental que hace a la subsistencia económica, social y familiar de las personas y debe ser desarrollado de manera libre, garantizada, sin restricciones ni discriminaciones. A lo largo de este trabajo analizare el despido arbitrario, y como su aplicación vulnera principios y derechos fundamentales, como es ejercido por el empleador en las etapas laborales, quien tiene la carga probatoria, como se garantiza el debido proceso, como evoluciona la legislación logrando una armonización con las diversas fuentes del derecho como ser fuentes autónomas y convencionales.

PALABRAS CLAVES: Derecho a trabajar - despido – discriminación - derecho laboral

ABSTRAC: The labour law regulates discriminatory dismissal as a practice that is considered arbitrary, illegal, unequal, and contrary to general principles of law, mainly the principle of equality and other fundamental rights. Working is a fundamental right that makes people's economic, social and family subsistence and must be developed in a free, guaranteed manner, without restrictions or discrimination. Throughout this work I will analyze arbitrary dismissal, and how its application violates fundamental principles and rights, as it is exercised by the employer in the labor stages, who has the burden of proof, how due process is guaranteed, how the legislation evolves achieving a harmonization with the various sources of law as autonomous and conventional sources.

KEY WORDS: Right to work - dismissal – discrimination - labour law



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2020\(8\)02](http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2020(8)02)

¹ Artículo recibido el 21 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 15 de mayo de 2020.

(*) Abogado (UNC). Escribano (US21). Profesor de Derecho Privado II (US21). Especialista en Derecho Procesal (UNC), Especialista en derecho laboral (UNC), Diplomado en derecho Civil por la Universidad Casilla la Mancha en Toledo, España, Diplomado en derechos y seguros y Diplomado en derecho a la salud (UNC)

I. Introducción

La igualdad no es un dato o cualidad que integre per se la realidad humana. Es una aspiración permanente que consiste en una relación entre sujetos que descriptivamente aparece indeterminada, pues en si misma nada dice entre quienes y en qué.

Por otro lado, la discriminación negativa se manifiesta en situaciones en que los sujetos adoptan un trato diferente respecto de ciertas personas, sin que esa diferencia exprese algún valor que el ordenamiento jurídico procure realizar, sino que significa una privación o exclusión arbitraria, contraria a los valores normativos

La presente tesina tiene como finalidad analizar el despido discriminatorio en nuestro ordenamiento jurídico a fin de efectuar una crítica razonada sobre el tipo de indemnización prevista y su relación con la contemplada en todas las indemnizaciones tarifadas previstas por la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT).

A tales fines se analizará las fuentes de regulación y su necesaria proyección desde la óptica del principio de progresividad laboral.

Cabe resaltar la relevancia social del tema elegido, no solo porque la discriminación aparece mas acentuada y progresiva en nuestro país con las consecuencias institucionales y socioeconomicas que ello puede ocasionar, si no porque en nuestro derecho positivo existe posiciones contradictorias en cuanto a la aplicación específica de la ley 23.592 al derecho del trabajo.

Con respecto al método de investigación adoptado, la investigación es de naturaleza teórica y con modo descriptivo y explicativo; se trata de una investigación crítica bibliográfica cuyo método es el análisis conceptual apoyado en la legislación vigente y a su vez pretendiendo una aplicación práctica mediante el análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro derecho.

En definitiva, se procura una metodología de tipo dogmática, es decir, a partir de las conceptualizaciones base, e incorporando elementos de crítica en cuanto a la correspondencia de lo conceptual en materia de garantía y la normativa.

El recorrido por cada etapa de este camino, permitirá a los lectores arribar tanto a conclusiones particulares como otras de orden general. Sin perjuicio de ello, intentaré lograr la coincidencia en un aspecto: algunos doctrinarios como casos jurisprudenciales analizados presentan deficiencias evidentes a los ojos del operador jurídico, quien deberá utilizar las

herramientas que proporciona la generalidad del sistema a fin de alcanzar su superación o modificación, pues en última instancia, lo que importa es que empezada la carrera, el derecho no le pierda el rastro a la realidad.

1.1. LAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL

La LCT en su artículo primero hace una enumeración de las principales fuentes de regulación de la relación de trabajo haciendo mención a la propia ley, las leyes y estatutos profesionales, las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tal, la voluntad de las partes y por último los usos y las costumbres. Dicha enumeración parece ser más bien enumerativa y no exhaustiva ya que, tal vez por una cuestión lógica el legislador no ha hecho mención a fuentes principales como son la Constitución Nacional, los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y demás pactos internacionales ratificados por nuestro país. Si bien antes de la reforma constitucional de 1994 se daban discusiones acerca de la condición y lugar del derecho internacional en el ordenamiento argentino, luego de la reforma toda discusión deviene estéril, no pudiendo plantearse otra cosa que el monismo. No solo el art. 75 inc. 22 de la CN ha incorporado ciertos TIDH con jerarquía constitucional, sino que en general les ha dado jerarquía superior a las leyes, y además les ha dado operatividad directa, la que viene asegurada por el art. 43 de la CN luego de la reforma de 1994.

Todas en su conjunto conforman el sistema jurídico vigente en la Argentina como obra colectiva que empieza el constituyente pero que termina el juez al aplicar a cada caso en particular.

En tal sentido, **el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación**, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes art. 16,² el art. 75 inc 23 de la CN³ y el art. 23 inc 1 y 4 de la Constitución Provincial⁴. no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado

² Artículo 16 CN.- *La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*

³ Artículo 75CN. *Corresponde al Congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato..."*

⁴ Artículo 23 CP. *"Todas las personas en la Provincia tienen derecho 1. A la libre elección de su trabajo y a condiciones laborales equitativas, dignas, seguras, salubres y morales... 4. A una retribución justa, a igual remuneración por igual tarea y a un salario mínimo, vital y móvil"*.

por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional⁵

El principio de igualdad se desprende del principio de dignidad de la persona y del derecho a la libertad reconocido por nuestra Constitución Nacional y por diversos tratados internacionales. La igualdad consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres.

El principio de igualdad de trato obliga a tratar de igual forma a los que están en igualdad de condiciones, salvo que pueda justificarse un trato desigual por razones objetivas o razonables.

Específicamente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). Luego le siguieron otros pactos internacionales como la Convención Internacional de todas las formas de discriminación Racial del Año 1968, Sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer entre otras.

Dicha normativa, así considerada, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, les impone un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Asimismo, les

⁵ (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°), Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, el ejercicio de un "deber especial" de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.⁶

Esta legislación aparece complementada con la ley 23.592 que contempla toda prohibición de acto discriminatorio, que ha sido objeto de debate tanto por la doctrina como por la jurisprudencia acerca si dicha ley resulta o no aplicable a las relaciones laborales.

1.2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

Usualmente se utiliza el término discriminación con un sentido disvalioso o negativo. Pero este término no contiene en sí mismo un sentido negativo ni disvalioso sino neutro. Discriminar significa separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra o una persona de otra. No obstante ello, cuando en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina se emplea la expresión abreviada "despido discriminatorio" se trata de una elipsis de la locución "despido motivado por una discriminación ilícita".

Para la Real Academia Española, y en su acepción más amplia, discriminar significa "seleccionar excluyendo"⁷. Desde este punto de vista genérico, la discriminación puede entenderse como una actividad humana típica, por cuanto la elección de un objeto o un concepto, con el fin de darle una atención particular –o eventualmente no hacerlo- constituye, siempre desde esta amplia perspectiva, parte del uso mismo del raciocinio humano, e integra el concepto de lo que se conoce como libertad psicológica de la persona humana.

La segunda acepción que brinda la propia Real Academia Española aborda el concepto jurídico de discriminación, que describe como "*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*".

En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como "*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen*

⁶ CSJN 07/12/2010 "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo"

⁷Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: www.rae.es

nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de las personas...”

Aunque esta última definición es más amplia y comprensiva que la segunda acepción que brinda la RAE, ambas se apartan de la concepción generalista para adoptar un fuerte contenido social, presentándose como un nuevo mecanismo de regulación de relaciones intersubjetivas en la sociedad actual.

Martínez Vivot afirma que existe discriminación cuando arbitrariamente “se efectúa una distinción, inclusión o restricción que afecta el derecho igualitario de toda persona a la protección de las leyes, así como cuando injustificadamente, se le afecta a una persona, o, grupo de personas o una comunidad el ejercicio de algunas de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión o nacionalidad, opiniones políticas (...), sexo (...) u otro de cualquier naturaleza”⁸.

En este marco, el trabajo como tal es un derecho humano fundamenta y por ende debe ser protegido frente a conductas de separación, menoscabo y humillación que impliquen no solamente violar el principio de igualdad ante la ley, sino además vulnerar derechos fundamentales.⁹

De esta forma se define el concepto básico de discriminación en el mundo jurídico, que necesariamente remite al acto en virtud del cual quien detenta un determinado poder jurídico, ejecuta una acción u omisión de carácter arbitrario, es decir, sin fundamentación objetiva, respecto de una persona o grupo de personas, a tenor del cual las mismas se encuentran impedidas de ejercer determinados derechos.

Este nuevo concepto de la discriminación jurídicamente relevante requiere para su debida tipificación la existencia de grupos sociales minoritarios o débiles, que poseen costumbres, características o idiosincrasias no acordes a los supuestos estándares de “normalidad” impuestos por sectores mayoritarios de la sociedad, por un lado, y paralelamente la imposición de una diferenciación injustificada y arbitraria efectuada por quien tenga el poder de hacerla, la que se presenta como divorciada de toda pauta de razonabilidad que la pueda explicar o

⁸ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, “La Discriminación Laboral. Despido Discriminatorio”. Ed. USAL, Buenos Aires, 2000, p. 27.-

⁹ BRAIN, Daniel Horacio. Régimen de contrato de Trabajo Comentado- Tomo III.Pag. 725 Ed. La Ley.

justificar desde la funcionalidad, todo lo que tiene como resultado final la privación, al grupo perjudicado, del ejercicio de un derecho fundamental.-

Usualmente, la intención de quien discrimina arbitrariamente esconde la pretensión de homogeneizar o adaptar, conforme a determinados parámetros considerados supuestamente normales, ciertos aspectos o atributos de la persona, tales como el color de la piel, la filosofía, la estética, la religión, la raza, las preferencias sexuales o la ideología, lo que constituye un mecanismo de dominación incompatible con la vida democrática.

Sobre la base de ese objetivo, ajeno por su naturaleza misma a toda noción de convivencia democrática en el marco de la libertad e igualdad, el sujeto activo de la discriminación ejecuta una acción que sólo en la apariencia tiene un fundamento legal, pero que en la realidad de los hechos esconde la intención de privar al sujeto discriminado del ejercicio de determinados derechos, profundamente enraizados con bienes jurídicos de expresa tutela constitucional.

Por tal motivo es que, cuando la diferenciación no responde a una causa razonable, se torna arbitraria y de ese modo, se deriva inevitablemente en una conducta antisocial, lesiva de la escala de valores que el legislador ha estimado de particular tutela y protección legal. Esta discriminación ha sido llamada también “arbitraria”, “injustificada”, “ilícita” o *contra legem*.

En este sentido se ha sostenido que la estructura del concepto encontramos a alguien que ocupa un lugar de poder en función del cual, de hecho, o de derecho está en posición de decidir la exclusión de otra persona o grupo de personas respecto de un ámbito o, al menos, de incidir de manera peyorativa en el trato que recibirá dentro de ese ámbito.

1.3. CLASIFICACIÓN SEGÚN SU LICITUD

Conforme con el Derecho Laboral y la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592, se puede clasificar el término discriminar, según su licitud en: (i) discriminación lícita y (ii) discriminación ilícita.

- (i) Discriminación lícita. Se puede conceptualizar la discriminación lícita como aquella permitida porque no contraría ninguna prescripción del Derecho Laboral ni de la Ley Antidiscriminatoria. Los artículos 8 del Régimen Nacional del Trabajo Agrario Ley 22.248 (RNTA.) y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT.), autorizan al empleador a fundar su diferenciación en razones de bien común, es decir, le

permiten discriminar entre trabajadores más y menos eficaces y más y menos laboriosos.

- (ii) Discriminación ilícita. Contrario sensu de la Discriminación lícita, de las prescripciones del Derecho Laboral y de la Ley 23.592 surgen cuáles diferenciaciones constituyen discriminación ilícita.

Seguidamente se analizan las normas que determinan cuáles discriminaciones están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico:

- **Convención 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.)**

Como bien se mencionó anteriormente, de conformidad con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, la Convención 111 de la OIT integra nuestro ordenamiento jurídico.

Este Convenio que regula en materia de discriminación prescribe en su artículo 1 cuáles diferenciaciones son inaceptables en materia laboral. Establece que no podrá hacerse diferenciación, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 16 de diciembre del año 1966 y luego de una espera de 10 años el día 3 de enero de 1976 entro en vigor y donde los Estados Partes se comprometieron a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos., por lo que se lo reconoce como el inicio del principio de progresividad.

En su Art. 6 señala que: “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 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”

Lo que se busca entonces es la protección del derecho de trabajo de toda persona de manera genérica por lo que se interpreta que contempla también la situación de despido discriminatorio por cuanto no hace distinción cuando se trata de la violación del derecho al trabajo por cualquier causa.¹⁰

- **Declaración Sociolaboral del MERCOSUR**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la CN., la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR compone nuestro derecho positivo. Esta Declaración en su artículo 1° prohíbe las distinciones o exclusiones de trabajadores fundadas en razones de: raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar.

Del análisis de la Convención 111 de la OIT. y de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, se observa que ninguna de estas dos normas hace una formulación positiva sobre cuáles discriminaciones están permitidas, sino que determinan cuáles están prohibidas.

- **Discriminaciones prohibidas por la LCT**

1°) Discriminación por motivos sexo, raza, nacionalidad, creencia religiosa, edad, ideas políticas o gremiales. Su prohibición:

El artículo 17 de la LCT¹¹ prohíbe al empleador que discrimine a los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, creencia religiosa, edad, ideas políticas o gremiales.

El artículo 73 de la LCT¹² establece que el empleador no puede, durante la vigencia del contrato con vista a su resolución, obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales.

¹⁰ BRAIN, Daniel Horacio. Op. Cit. Pag. 735.

¹¹ Artículo 17° Ley de Contrato de Trabajo, n° 20.744: “Prohibición de hacer discriminaciones: Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”.

¹² Artículo 73° Ley de Contrato de Trabajo, n° 20.744 “Prohibición. Libertad de expresión. El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas”

El artículo 81 de la LCT¹³ prescribe que existe trato desigual cuando se produzcan diferenciaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza y obliga al empleador que, frente a idénticas situaciones, dispense igual trato a los trabajadores.

2º) Discriminación por embarazo o maternidad. Su prohibición. Reparación económica. Presunción.

El artículo 177 de la LCT penaliza al empleador que discrimina a una trabajadora por causa de embarazo o maternidad y lo obliga a abonarle una reparación económica tarifada prescripta en el artículo 182 del mismo cuerpo legal.

El artículo 178 de la LCT¹⁴ establece la presunción iuris tantum de que una trabajadora es despedida por causa de embarazo o maternidad cuando el empleador resuelve el contrato dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores al parto. Para que esta presunción se haga efectiva la trabajadora debe notificar con certificado médico la fecha probable de parto o requerir su comprobación al empleador.

3º) Discriminación por matrimonio. Su prohibición. Reparación económica. Presunción.

El artículo 180 de la LCT¹⁵ penaliza al empleador que discrimina a un trabajador por causa de matrimonio y lo obliga a abonarle una reparación económica tarifada regulada en el artículo 182 del mismo cuerpo legal.

El artículo 181 de la LCT establece la presunción iuris tantum de que un trabajador es despedido por causa de matrimonio cuando el empleador resuelve el contrato dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio.

¹³ Artículo 81º Ley de Contrato de Trabajo, n° 20.744 “Igualdad de trato: El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

¹⁴ Artículo 178º Ley de Contrato de Trabajo, n° 20.744: Despido por causa del embarazo. Presunción. Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.

- **Discriminaciones prohibidas por la ley 25.013. Ausencia de presunción legal.**

El artículo 11 de la ley 25.013 (modif. por el decreto 1111/98) penaliza el despido discriminatorio originado en motivos de: raza, sexo, religión e ideología con una reparación económica tarifada.

A diferencia de las presunciones previstas a favor del trabajador para los supuestos de despido por embarazo, maternidad o matrimonio por la LCT y el RNTA, la carga de la prueba estará a cargo del empleado, sin presunción legal alguna a su favor.

1.4 APLICACIÓN DE LA LEY 23.592 A LAS RELACIONES LABORALES

Expresa el art. 1 de la Ley 23.592: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.- A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*.

La ley 23.592 constituye la regulación más amplia y genérica de la normativa antidiscriminatoria y sus disposiciones están orientadas a regir tanto en la esfera civil como en el ámbito penal.

Conforme el primer artículo de esta norma, la víctima del acto discriminatorio puede requerir la intervención del Estado a con el objeto de dejar sin efecto el acto que arbitrariamente obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional. El autor del acto discriminatorio puede ser obligado a dejar sin efecto el acto, o cesar en su realización, y asimismo reparar el daño moral y material ocasionado.

En el segundo párrafo la norma enumera las causas de discriminación que suelen ser las más frecuentes, tales como raza, religión, nacionalidad, ideología política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Cabe destacar que la jurisprudencia mayoritaria ha considerado que se trata de una enumeración no taxativa, debido a que la norma incluye el adverbio “particularmente”. De esta

manera, podrían considerarse discriminatorias las conductas del empleador que se encuentren motivadas en otros aspectos no enumerados si encuadran en la descripción conceptual de acto discriminatorio, o si obedecen a una diferenciación arbitraria antifuncional y contraria a los principios del derecho del trabajo.

La ley 23.592, que tiene por objeto reprimir las conductas discriminatorias en general, al ser aplicada a las relaciones del trabajo, debe ser articulada con un conjunto de normas de distinto rango. Entre estas normas podemos mencionar los arts. 14 bis, 16, 43 de la Constitución Nacional, arts. 17, 81, 172, 180, 183 y concordantes de la LCT, ley 23.753 (diabetes), ley 23.798 (VIH/SIDA), ley 25.404 (epilepsia), arts. 40/52 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales. En cuanto a la normativa internacional, art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2º, 3º y 7º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 11 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 1º y 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada por ley 25.280, arts. 1º, 2º y concordantes de la Declaración Sociolaboral del Mercosur. Convenios de la OIT nros. 100, 111m 156 y 158, ello entre otras normas de menor rango.

Todo este plexo normativo integra el derecho antidiscriminatorio y es necesario correlacionarlo debidamente, a fin de establecer sus alcances reales y su aplicación en la materia laboral¹⁶.

En la ley de contrato de trabajo encontramos los artículos 17 y 81 que se refieren exclusivamente a la discriminación. Sin embargo, no está prevista una reparación específica para los casos de trato discriminatorio.

En el ámbito de las relaciones del trabajo, son bastante frecuentes los casos en donde se producen actos discriminatorios.

En material aboral, el derecho de no discriminación queda expuesto a ser afectado en tres momentos diferentes: cuando se intenta acceder a un empleo, durante el transcurso de una relación ya constituida o al extinguirse dicha relación. En el primero de los momentos quien

¹⁶ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, t. I, La Ley, p. 299.-

intenta emplearse no es un trabajador en las condiciones previstas por el art. 22 de la LCT, por lo que tendrá derecho a no ser discriminado como persona y no simultáneamente como persona y trabajador y le serán aplicables todas las normas constitucionales legales o supralegales de carácter general que ya desarrollamos. Por el contrario, una vez que el trabajador se haya obligado a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios para el empleador tendrá derechos a no ser discriminado no solo como persona si no también como trabajador. Por último en el caso de la discriminación se de al extinguirse el contrato no son ajenas la aplicación de las normas mencionadas.¹⁷

Como se dijo anteriormente, no cualquier diferenciación es considerada un acto discriminatorio sino aquella que posea carácter arbitrario y que no tenga fundamentación objetiva o que no responda a un objetivo funcional relacionado con el logro de los fines de la empresa.

La doctrina mayoritaria coincide en la aplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito de las relaciones laborales, y desde la doctrina, se ha recalcado con énfasis esta última interpretación, al sostenerse que la ley 23.592 constituye derecho interno y sus disposiciones se encuentran alineadas con los convenios internacionales aplicables según el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Todo acto de discriminación contradice expresamente tales normas y no cabe duda de que un acto de esa naturaleza es contrario a la ética y al orden normativo y debe ser severamente sancionado. La norma en análisis puede ser invocada por cualquier trabajador, cualquiera sea el régimen laboral al que esté sujeto y el resarcimiento que debe pagar el autor de acto discriminatorio nunca puede considerarse comprendido en el sistema tarifado que resulte aplicable a la relación¹⁸.

- **Discriminaciones prohibidas por el RNTA**

1º) Discriminaciones prohibidas por motivos de sexo, edad, raza, nacionalidad, estado civil, opiniones políticas, gremiales o religiosas. Su prohibición:

El artículo 8 del RNTA prohíbe al empleador efectuar discriminaciones fundadas en razones de sexo, edad, raza, nacionalidad, estado civil, opiniones políticas gremiales o religiosas.

¹⁷ CONFALONIERI, Juan Ángel. *Ley de contrato de trabajo comentada y concordada*". Tomo I. Ed. Rubinzal. Pag. 582. Buenos Aires. 2005

¹⁸ PIROLO, Miguel Ángel, "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo – Relaciones Individuales", t. I, p. 620.-

2º) Discriminación por embarazo o maternidad. Su prohibición. Reparación económica. Presunción.

El artículo 118 del RNTA penaliza al empleador que discrimine a una trabajadora por causa de embarazo o maternidad y lo obliga a abonarle una reparación económica tarifada.

El artículo 118 del RNTA. establece la presunción iuris tantum de que una trabajadora es despedida por causa de embarazo o maternidad cuando el empleador resuelve el contrato dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores al parto. Para que esta presunción se haga efectiva la trabajadora debe notificar con certificado médico la fecha probable de parto o requerir su comprobación al empleador. (confr. artículo 114 LCT.).

3º) Discriminación por matrimonio. Su prohibición. Reparación económica. Presunción.

El artículo 121 del RNTA penaliza al empleador que discrimine a un trabajador por causa de matrimonio y lo obliga a abonarle una reparación económica tarifada.

El artículo 120 del RNTA establece la presunción iuris tantum de que un trabajador es despedido por causa de matrimonio cuando el empleador resuelve el contrato dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio.

- **Discriminaciones prohibidas por la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592**

El artículo 1º de la Ley N° 23.592 prescribe que quien menoscabe derechos y garantías fundamentales reconocidos por la ley fundamental será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionado. El mismo artículo particularmente considera actos u omisiones discriminatorias los determinados por motivos de: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

2 REPARACION ECONOMICA PREVISTA POR LAS NORMAS

2.1. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

Confalonieri al tratar el despido en la etapa de extinción de la relación laboral establece que en materia de despido se pueden distinguir cuatro tipos y varios subtipos: (i) El despido subjetivo, (ii) el despido sin causa, (iii) el despido fraudulento (iv) cuando el despido afecta un derecho fundamental del trabajador.¹⁹

¹⁹ CONFALONIERI, Juan Ángel. Op. Cit. Pag. 584.

En cuanto al primer caso lo delimita dentro del marco establecido en el Art. 242 de la LCT “*de la extinción del contrato de trabajo por justa causa*”. Dentro de las motivaciones en el sentido de hechos o circunstancias que pueden dar lugar al fin de la relación laboral, es necesario distinguir lo que la ley llama “*justa causa o injuria*” y las que tienen otros motivos legales (ej. Fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, muerte del empleador o del trabajador o quiebra del empleador). La justa causa es un motivo legal de denuncia consistente en el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo. Esta podrá ser cometida por ambas partes de la relación. Si fuera decidido por el empleador se tratará de un despido directo mientras que si fuera decidido por el trabajador se tratará de un despido indirecto.

El segundo supuesto será el despido sin causa dispuesto por el empleador (Art. 245 LCT). En el mismo se impone una compensación por despido arbitrario por la misma protección prevista en el art. 14 bis de la CN, y se dispone una indemnización tarifada, lo que significa que la estimación de los daños ocasionados por el despido no se deja librada a la apreciación judicial si no que se encuentra tasada por la ley en base a la antigüedad del trabajador y su remuneración mensual. Asimismo, el trabajador no podrá invocar daños mayores a los fijados por la tarifa ni el empleador pretender pagos menores.

El tercer supuesto está referido a la invocación de una falsa causa por el empleador que se distingue del primer supuesto por la actitud dolosa del empleador que está dirigida a entorpecer el cobro por parte del trabajador de la indemnización correspondiente.

El último supuesto el cuándo el despido dispuesto por el empleador afecta un derecho fundamental del trabajador y que para el autor citado queda configurado un tipo autónomo que no debe confundirse con el despido sin causa y en el que encuadra el despido discriminatorio por existir una causa prohibida (la de no discriminación). Ahora bien ¿cuál será el régimen sancionatorio aplicable en los casos de despidos discriminatorios?

Existen posiciones encontradas en cuanto a los alcances y efectos de la aplicación del art. 1 de la ley 23.592 a los casos de despidos discriminatorios. Es decir, se discute si ante un despido discriminatorio resulta procedente la declaración de nulidad con el consecuente efecto de ordenar la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo. La discusión se centra en compatibilizar tal disposición en el marco de la estabilidad impropia y la libertad de contratar del art. 14 CN.

En el punto anterior se distinguen cuáles discriminaciones están permitidas (discriminaciones lícitas) y cuáles están prohibidas (discriminaciones ilícitas). En este ítem se analiza en cuáles supuestos de despido discriminatorio se debe abonar al trabajador una indemnización tarifada y en cuales una indemnización integral.

Es de destacar que a la indemnización tarifada o integral generada por despido discriminatorio se suman a las que derivan del despido inmotivado del trabajador.

2.2. INDEMNIZACIONES ADEUDADAS

(I) Indemnización tarifada:

Seguidamente se analizan cuáles trabajadores tienen derecho a una indemnización tarifada y en cuales supuestos:

1) Trabajadores comprendidos en la LCT

Los trabajadores comprendidos dentro del régimen de la LCT despedidos por causa de embarazo, maternidad o matrimonio tienen derecho a una indemnización especial equivalente un año de remuneraciones (confr. artículo 182 LCT).

2) Trabajadores comprendidos en el RNTA

Los trabajadores comprendidos dentro del RNTA despedidos por despido por causa de embarazo, maternidad o matrimonio tienen derecho a una indemnización especial equivalente a doce veces el importe del último sueldo.

3) Trabajadores comprendidos por la ley 25.013

Se aplica la ley 25.013 a los trabajadores que cumplen dos requisitos: 1) encontrarse comprendidos en el régimen de la LCT; y 2) haber celebrado sus contratos de trabajo a partir del 3 de octubre de 1998. A estos dependientes el artículo 11 de la ley 25.013 los protege del despido fundado en motivos de: sexo, raza, religión e ideología.

La protección se halla regulada en el artículo 11 del citado régimen (que fue modificado por el decreto n° 1111/98 del PEN) y dispone que el empleador que despide a un trabajador por cualquiera de los motivos expuestos precedentemente debe repararlo con una indemnización tarifada equivalente al incremento de un 30% de la prevista por el artículo 7 (indemnización por antigüedad) del mismo cuerpo legal. Para este cálculo no se aplica el llamado tope a la base, previsto en el segundo párrafo de este último artículo.

(II) Indemnización integral

Para el resto de los supuestos de despidos motivados por diferenciación ilícita, al trabajador solo le está permitido reclamar las indemnizaciones derivadas del derecho común.

Esta facultad se encuentra consagrada en el primer párrafo del artículo 1° de la Ley 23.592 que dispone que el damnificado por una diferenciación jurídicamente inaceptable puede reclamar se le repare moral y materialmente el daño.

Del análisis del artículo 1° de la ley 23.592 surgen categorías de discriminaciones ilícitas:

Primera. Las formuladas expresamente por la norma, éstas son las fundadas en: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Segunda: Las que no se hallan enunciadas expresamente por la norma. Para determinar esta categoría de discriminaciones ilícitas la ley 23.592 se remite a las diferenciaciones no permitidas por normas de rango constitucional (Convenio 111 de la OIT y Declaración Sociolaboral del MERCOSUR).

Mediante la aplicación del artículo 1° de la Ley Antidiscriminatoria el juez se encuentra habilitado para proteger al trabajador que sufre una diferenciación que no se encuadra dentro de las discriminaciones previstas como antijurídicas por la LCT, el RNTA y la Ley 25.013.

(iii) Ampliación de la protección

La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR amplía la protección dispuesta por la LCT, el RNTA, la ley 25.013 y la ley 23.592.

Esta Declaración en su artículo 1° extiende la prohibición de hacer diferenciaciones por las siguientes causas: color, orientación sexual, posición económica o cualquier otra condición social o familiar.

(iv) El caso de los trabajadores del servicio doméstico

El autor del decreto ley 326/56 omitió proteger a los trabajadores del servicio doméstico del despido fundado en motivos de embarazo, maternidad, matrimonio, sexo, raza, nacionalidad, creencia religiosa, edad, ideas políticas o gremiales.

Las prescripciones previstas en el artículo 1° de la Ley Antidiscriminatoria permiten al Juez aplicar la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y condenar a pagar una

indemnización integral al empleador que despida un trabajador por motivos fundados en razones de: raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar.

De esta manera se subsana la falta de protección por despido discriminatorio del trabajador del servicio doméstico por razones fundadas en embarazo, maternidad y matrimonio (condición familiar o social), nacionalidad, edad, raza, sexo, credo, ideas políticas o gremiales.

Por la aplicación de la ley 23.592 y de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR el Juez puede obligar a un empleador que despidió fundándose en una discriminación ilícita a un trabajador del servicio doméstico a abonarle una indemnización integral por el daño ocasionado, sumada a las indemnizaciones tarifadas que le correspondan por despido incausado según el decreto ley 326/56.

No obstante, la utilización del mecanismo legal descrito precedentemente, el trabajador del servicio doméstico se encuentra en un nivel de protección menor con respecto a los trabajadores comprendidos en los regímenes de la LCT y el RNTA, pues éstos en los casos de discriminación por embarazo, maternidad y matrimonio cuentan con una presunción legal a su favor (confr. 178 y 181 LCT y 118 y 120 RNTA), beneficio probatorio del que carece el trabajador comprendido por el decreto ley 326/56.

Del análisis de las normas con jerarquía constitucional o carácter supralegal (Convenio 111 de la OIT y Declaración Sociolaboral del MERCOSUR) y de las normas de rango inferior se concluye que el legislador debería incorporar a la LCT, RNTA y al decreto ley 326/56 la totalidad de las discriminaciones no toleradas por nuestro ordenamiento jurídico y establecer indemnizaciones tarifadas para cada una de ellas.

Se considera que un sistema de reparación tarifada facilitaría al Juez laboral disponer su reparación pecuniaria y otorgaría al empleador la previsión necesaria para el caso de que decida resolver un contrato de trabajo contrariando dichas normas.

2.3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN EL PERIODO DE PRUEBA

Se encuentra en pugna por un lado el período de prueba legislado en la LCT con protección constitucional en los artículos 14 y 17, y por el otro la prohibición de discriminar también con sustento constitucional (art. 16), LCT y legislación referida anteriormente. 20

Planteada las situaciones cabe preguntarse qué derecho protegido debe primar ante la hipótesis de un trabajador que, encontrándose en período de prueba, es decir dentro de los tres meses del vínculo, posea un empleador que decida despedirlo, aunque motivado en alguna causal discriminatorio, pero amparado contradictoriamente por el lapso de prueba que otorga la LCT.

Las causales discriminatorias se presentarían en el momento que el empleador tomara conocimiento de su existencia, durante el lapso del período de prueba y sintiera repudio ante las mismas, las cuales pueden ser variadas como ser estado civil, ideología política, creencia religiosa y/o enfermedad, etcétera.

La jurisprudencia ha *decidido en “Sendoya, Josefina O. c/ Travel Club S.A. s/ daños y perjuicios”, por la CNCiv., Sala H: “Cuando lo que se juzga en la causa es la existencia de un acto discriminatorio, no obsta a la demanda de reparación de los daños y perjuicios la circunstancia de que la accionante se encontrara en el período de prueba, pues no se cuestionan aspectos vinculantes a la contratación laboral.”*²¹

En el mismo sentido destaco lo resuelto en “Fernández, Marcela N. c/ Bas SA” – CNTrab. – Sala IV – 24/4/1998” en donde se dijo: *“El período de prueba no constituye un bill de indemnidad a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas desde el punto de vista social y ha sido creado para la prueba de la eficiencia imaginada en el trabajo...”*

Planteado el supuesto, no parecería aceptable que protegido en el período de prueba el empleador discrimine al empleado que se encuentra a “prueba” de sus aptitudes y destrezas.

La realidad es que existiendo para ambos supuestos (período de prueba y prohibición de hacer discriminaciones) derechos diferentes en juego y cada uno de ellos con su lógica protección garantizada ambos por normas de igual jerarquía, es imprescindible intentar una compatibilización de los mismos en post de la protección real y efectiva de cada uno de ellos.

²⁰ Ver la enumeración de disposiciones relacionadas que presenta CONFALONIERI (h), Juan A., págs. 519 – 520.

²¹ Ver DE DIEGO, Julián Arturo, “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, LexisNexis, 2004, pag. 115.

Compatibilización que deberá en definitiva priorizar el bien jurídico tutelado en estas situaciones.

Al efecto no caben dudas que deberá ser examinado cada caso en concreto, del cual resulta trascendental la prueba del motivo de la extinción decidida por el empleador, en tanto no se puede dejar de advertir que comprobada una causal discriminatoria se hace presente la existencia de una situación que nuestra Carta Magna y tratados internacionales con igual jerarquía repudian terminantemente. Más allá del permiso que otorga el período de prueba al empleador de despedir al trabajador incausadamente y sin pago de indemnización, éste reconoce un límite, y ese límite está dado sencilla y claramente en el ejercicio abusivo de los derechos contemplado en nuestro código civil.

2.4 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

El principio general sobre la carga de la prueba se ha normado en el artículo 377 del CPCCN segunda parte, que establece que cada parte debe probar los hechos contenidos en la norma que le es favorable a los efectos jurídicos pretendidos (la que correspondiere aplicarle, por el principio de *iura novit curia*), sin que importe el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de aquéllos.

La experiencia ha demostrado que al trabajador le resulta muy difícil probar la discriminación, pues en ningún caso el empleador reconoce su intención y los medios de prueba no se encuentran a su alcance; sea porque le resulta en exceso dificultoso acceder a ellos (los únicos testigos son sus compañeros de labor, los cuales no desearán arriesgar su puesto), sea porque el patrón los tiene exclusivamente en su poder, por ejemplo, la documentación necesaria.

Existe en este sentido, jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al convenio 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), de 1958, ratificado por la República Argentina, que reconoció la dificultad probatoria del acto discriminatorio señalando que: "*...Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en*

manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación... La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo..." (...) "La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada... En un estudio general precedente la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical... De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta"²²

Las opiniones y recomendaciones de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT deben ser tenidas en cuenta por los Jueces Nacionales. Cabe recordar que estas recomendaciones son tenidas en cuenta en sentencias dictadas por Tribunales Internacionales, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ocurrió en un supuesto donde se tenía que valorar la violación de la libertad sindical prevista en el art. 16 Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el fallo se sustentó en la mentada recomendación²³.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta que ya nuestro art. 24 párr. 3º inc. b) de la ley 25.877 reenvía a los criterios de los organismos de control de la OIT para la calificación excepcional como servicio esencial de un servicio público de importancia trascendental en caso de huelga, y el párrafo final de la norma citada prescribe que su reglamentación deberá ser efectuada conforme a los principios de la OIT.

La jurisprudencia de los organismos de control y aplicación del Convenio 87 llevan a esa conclusión, ya que cuando el art. 75 inc. 22 CN habla de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales también se refiere a que deben interpretarse y aplicarse tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (conf. caso "Giroldi", Fallos 328:514).

²² Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT., "Estudio general de 1988 sobre igualdad en el empleo y la ocupación

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Baena Ricardo y otros", sent. del 02/02/2001.

Otro de los convenios en que sustenta la teoría de la prueba que venimos analizando es el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que, en su artículo 14, consagra el derecho del debido proceso legal derivado de la "*dignidad inherente a la persona humana*". Para que exista ese "*debido proceso legal*" se parte del hecho de la desigualdad real ante la ley y de la necesidad de introducir factores de compensación o corrección -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la opinión consultiva OC. 16/1999, el concepto de debido proceso- que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal.

|En base a estos principios, parece razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el *onus probandi* quede articulado de la siguiente manera:

1º) El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

2º) Configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, como así también que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. En el caso concreto "las razones de reestructuración" que se invocaron en la comunicación rescisoria.

Se destaca la importancia del artículo 163 inciso 5º del C.P.C.C.N. que se refiere a las presunciones judiciales e indicios. En el caso "*Cáceres Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ Juicio Sumarísimo*"²⁴, esta presunción se materializó en que la demandada no demostró haber reestructurado el área donde se desempeñaba el actor, que sobre un plantel de miles de trabajadores sólo procedió a despedir a quienes realizaban tareas gremiales en procura de que se designe delegados que representen a la masa de trabajadores, y atento que hacía tiempo no existían representantes gremiales en la empresa.

²⁴ Cáceres Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ Juicio Sumarísimo" del 30.11.2007 (SD 34.673),

En este sentido cabe distinguir, el indicio que es la presunción judicial que emana como consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla, que no es prueba ni objeto de prueba, mientras que a presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado ha ocurrido y se produjo la prueba con la cual se pretende verificarlo.²⁵

En el caso, se tuvo por cierto una serie de hechos, que configuraron, en su conjunto, indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de un trabajador concreto que había instado activamente a sus compañeros de trabajo y al sindicato para que se elijan delegados de personal en la empresa. La Sra. Juez tuvo en cuenta una sucesión de datos cronológicos, temporales y causalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción de que el despido del actor obedeció verosímilmente a la conducta gremial de este último.

Como la demandada no produjo prueba idónea acerca de la alegada reestructuración y de su eventual impacto en el puesto de trabajo que ocupaba el actor, se deduce que el despido fue un acto discriminatorio por motivos gremiales.

2.5 LA REINSTALACION-NULIDAD DEL DESPIDO

Teniendo en cuenta en régimen de estabilidad relativa impropia establecido en la LCT y el resarcimiento tarifado normado por el artículo 245, podemos decir que, en los casos de despido discriminatorio, el trabajador sólo puede pretender la indemnización del 245 por el ilícito contractual, con más un resarcimiento por el daño moral ocasionado.

Misma solución le asiste al trabajador que decide colocarse en situación de despido indirecto al ser víctima de un trato discriminatorio.

Como señalara, es en resguardo del principio de buena fe enunciado por el art. 63 LCT y principio de conservación del contrato de trabajo –art. 10 LCT- se debe interpelar previamente al empleador de manera fehaciente para que cese con el trato injusto y diferenciado arbitrariamente y luego, en caso de no deponer su actitud, considerarse despedido. De manera de ser resarcido por la responsabilidad contractual (art. 245) y la responsabilidad extracontractual.

²⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoría General de la prueba judicial" I, t. II, 3ª edición Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, Pág. 613

No obstante esto, el trabajador podría accionar persiguiendo el mantenimiento del vínculo laboral, solicitando el cese del trato discriminatorio y, en los casos de despido directo discriminatorio, el mismo puede ser tachado de nulidad, careciendo por tanto de efectos jurídicos.

Evidentemente, la discriminación es contraria al principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN), y a lo establecido en los tratados internacionales de jerarquía constitucional; como así también a los artículos 17 y 81 de la LCT y concretamente a la ley antidiscriminación 23.592.

Es por lo tanto un “acto inexistente” y por ello acarrea su nulificación en los términos del art. 389 del Código Civil y Comercial y produce los efectos del acto ilícito (art. 391 CCC)²⁶.

De modo que, siendo el despido discriminatorio un acto nulo, resulta por tanto inexistente, por lo que el trabajador despedido puede válidamente accionar para que el distracto sea declarado nulo y ordenarse la reincorporación del damnificado.

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en un voto integrado por la Dra. Gabriela A. Vazquez y el Dr. Luis Alberto Catardo en autos "*Cáceres Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ Juicio Sumarísimo*" del 30.11.2007 (SD 34.673), concluyó, por vía indiciaria, que el despido dispuesto por la sociedad demandada fundado en razones de reestructuración empresarial, tuvo su verdadera causa en la actividad gremial lícita del actor. En consecuencia, el fallo calificó la conducta patronal de antisindical y discriminatoria, por lo que declaró nulo el despido y condenó a la empleadora a reincorporar al actor a su puesto de trabajo, bajo apercibimiento de astreintes; junto con el pago de todos los salarios caídos desde el despido. El citado fallo reitera una tendencia de la jurisprudencia de la Cámara de aplicar la norma antidiscriminatoria dictada con carácter general en las relaciones laborales, y particularmente, al despido adoptado por el empleador en base a una conducta discriminatoria.

Mención especial merece el caso de empleados públicos y representantes gremiales quienes al estar beneficiados por una estabilidad absoluta se deberá seguir un procedimiento especial a fin de socilitar la nulidad del despido y proceder a su resinstalación.

Recordemos, que en nuestro país la CN ha resuelto la cuestión en forma expresa: para los empleados públicos se ha consagrado, como forma única e insustituible, la estabilidad absoluta, mientras que para el trabajador privado se ha previsto la relativa (art. 14 bis).

Asimismo, para el caso de los representantes gremiales, la misma Constitución les garantiza "*la estabilidad en su empleo*" (párr. 2 in fine). Este precepto constitucional ha sido reglamentado por la Ley 23.551 que en su art. 52 prohíbe el despido si el juez no lo autoriza a través del procedimiento de exclusión de tutela. Cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte fue aceptando gradualmente la indemnización sustitutiva del derecho a la estabilidad, equiparando la estabilidad del empleado público y la protección contra el despido arbitrario.

Asegurada la continuidad del contrato mediante la sentencia de nulidad, el empleador tiene el derecho de reintegrar al trabajador pero no la obligación. Con lo cual, ante el incumplimiento de la sentencia que ordena su reintegro, nace en el empleador la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados -de abonarle el sueldo como si trabajara hasta que esté en condiciones de jubilarse- aplicando analógicamente los principios que rigen la rescisión *ante tempus* de los contratos a plazo.

Se parte de la idea que el despido con invocación de un hecho claramente no probado, y con claras presunciones de encubrir una discriminación por razones gremiales, constituye un acto injustificado e ilícito que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario, al trabajo y a la estabilidad en el empleo-

Resulta relevante lo dispuesto en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el *derecho a trabajar* (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. *Derecho al trabajo* que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado *inalienable de todo ser humano* en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 11.1.a)...²⁷.-

²⁷ CSJN: "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA S.A. s/despido", consid. 10. 14/9/2004.-

En base a estos antecedentes, se considera que es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descrito en el párrafo anterior, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.

Esta solución jurídica resulta convalidada por la regulación contenida en el "*Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*" adoptado por la Organización de Estados Americanos en El Salvador, el 17/11/1988. Este ordenamiento internacional de derechos humanos, también denominado "Protocolo de San Salvador", fue aprobado por la ley 24.658, sancionada y promulgada con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El art. 7 del Protocolo de San Salvador dispone en lo pertinente: "*...La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional...*".

Frente a las dos opciones que postula el Protocolo, la última propuesta de reincorporar al trabajador es la que sostiene la doctora Vázquez frente al despido discriminatorio dispuesto por el empleador. Dicha solución parece ajustarse a la interpretación de los principios fundamentales en materia de derechos sociales, como es la interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, que en el caso sería a favor del trabajador.²⁸ En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reafirmó tal principio al interpretar que las regulaciones laborales a nivel interno e internacional deben ser realizadas conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja al trabajador.²⁹

3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD LABORAL

3.1. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

²⁸ Artículos 75 inc. 22 CN.; 29 inc. b Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; 41 Convención sobre los Derechos del Niño

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", opinión consultiva OC. 18/2003, del 17/9/2003

Según Real Academia Española progresividad significa “Cualidad de progresivo” y progresivo, “De progreso” “Que avanza o aumenta gradualmente”.³⁰

Algunos autores como Ramírez Bosco lo llaman también “principio de irregresividad”, sin embargo, en el plano terminológico, ambas expresiones refieren a dos realidades distintas: La progresividad como indicamos ut supra es relativa al sustantivo de progresión y al verbo progresar que significa avanzar o proseguir, a mejorar en forma constante. En cambio, la irregresividad sería lo contrario de regresividad que proviene de la palabra regresión y del verbo regresar. Por ende, irregresividad es no retornar ni regresar hacia atrás.³¹

Según Toselli se considera principio de progresividad *“a aquel que tiende a lograr el mejoramiento permanente de las condiciones de vida del hombre y en materia laboral refiere específicamente a las condiciones laborales, salariales y de empleabilidad (el resaltado me pertenece)...Implica una fuerte responsabilidad para el legislador a la hora de tomar la decisión normativa, ya que una vez consagrado un derecho solo situaciones de excepción o marcada emergencia podrían habilitar el retroceso normativo. Consagra en definitiva el derecho inalienable del ser humano al mejoramiento constante de su calidad de vida.”*³²

Si bien no está previsto de manera taxativa en la LCT es una derivación del principio de irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y la condición más beneficiosa.

La jurisprudencia ha ido evolucionando en sus pronunciamientos y aplicando las mejoras como derivación del reconocimiento de estos derechos. Así las cosas, es que se casos que han sido un fiel reflejo de la “progresividad” en donde los jueces han aumentado o avanzado gradualmente con su postura en el reconocimiento de los derechos a favor de los trabajadores en plena concordancia con el compromiso asumido en el Art. 2 del P.I.D.E.S.C.

Giardino distingue dos principios que definen el sentido del principio de progresividad: “Progresividad dinámica” y “Progresividad unidireccional”:

- (i) Progresividad dinámica: Esta referido al sentido mismo del “ser progresivo” esto es al “movimiento constante”. Esto conlleva una aclaración de su

³⁰ www.rae.es.

³¹ DE DIEGO, Julián: “El principio de progresividad en el Derecho del Trabajo y su incorporación a nuestro sistema legal”, la ley 10-6-2010. LA LEY 2010-C,1386.

³² TOSELLI, C. El principio de progresividad y su aplicación jurisdiccional. Pag. 1998. (2011) . ISSN 18525016

significado: hay quienes entienden que al establecer el art. 2.1. del PIDESC que *“cada uno de los estados partes...se comprometen a adoptar medidas...para lograr progresivamente”*, requiere necesariamente de tiempo, etapas a cumplir, una serie de medidas a tomar, etc., o que incluso no es un compromiso efectivo lo asumido por los estados, si no simplemente la habilitación para obrar con discrecionalidad en cuanto a la determinación de la “oportunidad mérito y conveniencia” de hacer efectivos los derechos en juego agregando para otros que esto va a estar subordinado a que las condiciones político- económicas de cada estado así lo permitan.³³

Sin embargo, no es este el sentido que se le ha querido dar al pacto. Como bien relata Gialdino, durante la elaboración del tratado se afirmó que la implementación del PIDESC debía ser perseguida “sin respiro”, y que la realización de los derechos debía ser alcanzada “lo más rápidamente posible”.³⁴ Incluso se reemplazó la expresión “por etapas” por la de “progresivamente”, el que se señala que debe entenderse a la luz del objetivo general del pacto que no es otra que establecer obligaciones claras para los estados partes, por lo que la realización progresiva no puede ser invocada en ningún caso como pretexto para no cumplir de manera concreta y constante con el PIDESC.

- (ii) Progresividad unidireccional: Es la contracara del principio anterior, si el principio tiende al movimiento constante, pues entonces no se puede retroceder en aquellos derechos que ya se han sido reconocidos. Esto es porque el PIDESC establece como regla la prohibición del retroceso. Su art 5 regula la “Interpretación de derechos fundamentales” y establece que³⁵ ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derechos que signifiquen destrucción o limitación de aquellos otros que ya han sido

³³ GIALDINO, R. E. (s.f.) Dignidad, justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos al derecho del trabajo y de la seguridad social Recuperada el 20/03/2017 de: <http://posgradoubaentrerios.blogspot.com.ar/2012/06/gialdino-rolando-e-dignidadjusticia.htm>

³⁴ CRAVEN, MATTHEW, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Clarendon, 1998, p. 131 y su nota 151.

³⁵ Cfr. Art. 5 PIDESC: “Ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”

reconocidos en el Pacto. Asimismo, en el segundo punto establece que no se admitirá la restricción de ninguno de los derechos humanos fundamentales vigentes en un país con el pretexto que no están reconocidos o están reconocidos, pero en menor grado en el pacto. Esta última intenta evitar que pueda invocarse el PIDESC para argumentar que se limiten derechos, interpretando de manera incorrecta cualquier disposición del mismo, como medio para justificar violaciones a un derecho o una libertad.

Esta unidireccionalidad es lo que ha dado lugar al “principio de no regresión”. Para Ramírez Bosco está referido a la exigencia irrestricta de que los Derechos Laborales mantengan una secuencia invariablemente creciente.³⁶

J.J Gomez CANotilho también habla del “Principio de Prohibición de retroceso social o el de “Prohibición de evolución reaccionaria” referido a que el legislador no puede eliminar prestaciones consagradas legalmente con anterioridad sin alternativas o compensaciones.³⁷

Resulta ser además una derivación del principio del régimen más favorable al trabajador, clave en el derecho laboral y ratificado por la CN y la OIT.

Desde esta perspectiva, en que se pretende analizar como ha sido la evolución legislativa en materia de despido discriminatorio y como esto se ve reflejado en las indemnizaciones establecidas en caso de configurarse el mismo.

El art. 41 de la ley 25. 877 deroga el art. 11 de la ley 25.013 que había instituido la figura del despido discriminatorio que era el originado con motivos de raza, sexo o religión. De acreditarse estos motivos, la indemnización que preveía el art. 7º de la ley para los despidos sin justa causa debía incrementarse en un 30% y no se aplicaba el tope máximo previsto en el parr. 2 del mismo art.

Con la derogación del citado Art. Se produce un vacío legislativo en el espacio estrictamente laboral, lo que en algún punto significó un retroceso legislativo y lo dejó librado a la interpretación que el juez pudiese tener en cada caso en particular.

³⁶ RAMIREZ BOSCO, Luis, “La progresividad y la irregresividad en los derechos laborales”, en Ley de Contrato de Trabajo comentada, dirigida por Rodríguez Mancini, La Ley, Vol I, Pág. 332, ap.4.

³⁷ GOMES CANOTILHO, J.J. Dereito Constitucional e Teoria da Constitucao, Coimbra, Almedina, 4º ed., p. 471 en GIALDINO, ROLANDO E. Op. Cit Pág. 23.

Etala explica las posibles soluciones a este “vacío” en tres grupos a considerar: (i) Tesis de la ley especial; (ii) tesis de la aplicación amplia de la ley 23.592 y (iii) tesis de la aplicación restringida de la ley 23.592.³⁸

- (i) Tesis de la ley especial: Desde esta tesis se fundamenta la necesidad ante el vacío legislativo existente por la derogación del citado Art. de dictar una ley específica que regule el despido discriminatorio en el que se establezca de manera tarifada (como para el resto de los supuestos contemplados) una indemnización a abonar.
- (ii) Tesis de la aplicación amplia de la ley 23.592: Ante la derogación del art. 11 de la ley 25.013 quedaría plenamente vigente la ley general 23.593 que regula los actos discriminatorios de manera genérica para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

En cuanto a la forma de reparación esta ley general solo hace mención a “*dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*”. En este sentido, si bien se está respetando el principio de progresividad al no permitir una restricción de ninguno de los derechos humanos fundamentales, quedaría igualmente una laguna con respecto a la regulación anterior (y por lo tanto un retroceso) al no existir norma alguna que especifique como se logra la reparación del daño moral y material ocasionado.

Dentro de esta postura se adiciona además que para los casos de despido discriminatorio al tratarse de un acto con objeto prohibido corresponde declarar la nulidad del mismo y reponer las cosas a su estado anterior lo que implica reconocer la estabilidad absoluta o propia al trabajador discriminado.

- (iii) Tesis de la aplicación restringida de la ley 23.592: Lo que se busca con esta postura es tratar de compatibilizar el régimen consagrado en la LCT y lo establecido en esta ley, ya que la LCT no prevé la estabilidad absoluta (solo para empleados públicos y representantes gremiales por el tiempo que dure su función), por lo que aceptar su aplicación amplia sería consagrar dos regímenes jurídicos diferenciados que significaría también ir en contra del principio de igualdad de trato y de no

³⁸ ETALA, Carlos Alberto. Ley de contrato de trabajo comentada. Ed. Astrea. Buenos Aires.2011. Tomo II. Pag. 242.

discriminación para aquellos que por ejemplo hayan sido despedidos por con causa de los que lo han sido en base a un despido discriminatorio.

Si se prevé en cambio la correspondiente indemnización por daño moral que deberá ser fijada por el juez en cada caso en concreto.

En el ámbito judicial comenzó en el año 2001 una tendencia de aplicar la norma antidiscriminatoria dictada con carácter general en las relaciones laborales, y particularmente, al despido adoptado por el empleador en base a una conducta discriminatoria.

El primero caso que se pronunció en tal sentido fue dictado por la Sala X en el caso "*Stafforini, Marcelo R. c/ Administración Nacional de la Seguridad Social*" del 20 de junio del 2001, y luego le continuaron, entre otros, Sala VI, "*Balaguer, Catalina T. c/ Pepsico de Argentina S.R.L.*" del 10 de Marzo del 2004, Sala VI y "*Greppi, Laura K. c/ Telefónica de Argentina*" del 31 de Mayo del 2005, Sala IX.

La CSJN termino por dirimir esta cuestión , en "Álvarez c/ Cencosud"³⁹en el que además de analizar temas esenciales, como el derecho humano al trabajo y la estabilidad del trabajador, el derecho humano al respeto de la dignidad de la persona y a la no discriminación, la subordinación del poder económico a los DD. HH. y la democratización de las relaciones sociales, incluidas las de trabajo bajo la luz de la normativa internacional, se pronunció finalmente por la aplicación amplia de la ley 23.552.

4. CONCLUSION

A lo largo de este trabajo y recorriendo la normativa laboral vemos reflejado que el principio fundamental de la igualdad y no discriminación forma parte del ius cogens y por lo tanto responde al objetivo de establecer un amparo especial a favor del trabajador y debe ser respetado cabalmente por el empleador en su relación con el trabajador

Seguramente muchas ideas han ido y vuelto en la mente del lector. Algunos argumentos habrán resultado más convincentes que otros. No obstante, quiero remarcar que muchos de los interrogantes que me he realizado durante la investigación que dio como resultado el presente trabajo final, encuentran respuestas en los institutos jurídicos vigentes en nuestro ordenamiento.

³⁹ CNTRAB - SALA II - 25/06/2007 "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo"

Si bien existen numerosas referencias doctrinarias, tratados y pactos internacionales, y principios fundamentales integrantes del *ius cogens* que postulan la adopción de un sistema de estabilidad absoluta frente al despido arbitrario por razones discriminatorias, cabe señalar que también esta postura encuentra oponibilidad en diversos autores especialistas en Derecho del Trabajo y en nuestra jurisprudencia.

Fundamento es que el despido es ilícito -aunque eficaz- y la legislación nacional (la ley 20.744 y otros regímenes aplicables al trabajador común privado) opta como medio idóneo de sanción la imposición de una indemnización tarifada; y sólo estaría garantizada la estabilidad absoluta, por vía constitucional, respecto de los empleados públicos y los representantes gremiales protegidos por la Ley de Asociaciones Sindicales.

Hasta ahora, no se han dado a conocer casos de planteamientos de inconstitucionalidad sobre el sistema de protección contra el despido arbitrario regulado por la Ley de Contrato de Trabajo pero -a nuestro ver- en virtud de las nuevas normas supraleales en juego podría ser el punto de partida para iniciar un replanteo de una cuestión que hasta ahora parecía superada, como es la legitimidad de los despidos sin causa; máxime teniendo en cuenta las normas de Derecho Internacional que se han incorporadas a nuestra legislación a partir de la reforma constitucional del año 1994 y que antiguamente no tenían la importancia que tienen actualmente (recordemos la teoría dualista sostenida reiteradamente por nuestro máximo tribunal). No solo en los despidos discriminatorios está en juego la aplicación de los principios internacionales, las normas generales de carácter internacional y el principio de igualdad de todas las personas humanas en el ámbito de las relaciones laborales, también lo está en cada caso que se resuelve dejar sin capacidad de ganancia y de subsistencia a una persona que, a esta altura de la humanidad y del consumismo, no cabe duda que debe tener un sustento económico para adquirir bienes y contratar servicios que hacen a la calidad de vida y que generalmente lo obtiene con su trabajo.

A lo largo de este trabajo y recorriendo la normativa laboral vemos reflejado que el principio fundamental de la igualdad y no discriminación forma parte del *ius cogens* y por lo tanto responde al objetivo de establecer un amparo especial a favor del trabajador y debe ser respetado cabalmente por el empleador en su relación con el trabajador

Seguramente muchas ideas han ido y vuelto en la mente del lector. Algunos argumentos habrán resultado más convincentes que otros. No obstante, quiero remarcar que muchos de

los interrogantes que me he realizado durante la investigación que dio como resultado el presente trabajo final, encuentran respuestas en los institutos jurídicos vigentes en nuestro ordenamiento.

No obstante ello, de todo lo expuesto, espero que queden en la mente del lector algunas conclusiones básicas, por las que este trabajo final de grado habrá tenido sentido:

- ✓ La Constitución Nacional, los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y demás pactos internacionales ratificados por nuestro país constituyen fuentes del derecho laboral, por más que no hayan sido expresamente mencionados por el legislador al regular las mismas, y mencionar a la propia ley, las leyes y estatutos profesionales, las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tal, la voluntad de las partes los usos y las costumbres.
- ✓ Dichos pactos han sido incorporados por nuestra constitución con jerarquía constitucional y operatividad directa
- ✓ El principio de progresividad no está así previsto de manera taxativa en la LCT sin embargo es una derivación del principio de irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y la condición más beneficiosa
- ✓ El principio de progresividad en su doble concepción “dinámica” y “unidireccional” tiende a la realización constante de los derechos sin que pueda limitarse aquellos ya reconocidos.