

APLICACIÓN DE LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

**Nilde de las Mercedes Bravo
María Cristina Alliney**

RESUMEN

La ley 23.592 vigente desde el año 1988 es una norma que sanciona cualquier acto discriminatorio y permite requerir judicialmente el cese del actuar discriminatorio, la nulidad del acto en si, y el resarcimiento por los daños morales y económicos sufridos. Por ser una ley de carácter general la misma es aplicable a todos los casos de discriminación, tanto a los producidos en el ámbito laboral, como a los acontecidos en lugares de acceso al público de propiedad privada, confiterías, lugares bailables, transporte público, etc., a la vez que, en instituciones educativas, de salud, policía, entre otras.

Podemos mencionar prácticas de discriminación en el ámbito laboral, entre otras: No respetar la igualdad de oportunidades, la cual puede producirse en la etapa pre-contractual cuando se selecciona personal y durante el desarrollo de la relación laboral tanto en la participación salarial como para acceder a cargos jerárquicos.

En la extinción del vínculo contractual cuando el mismo se origina por despido discriminatorio.

En la ponencia desarrollaremos el marco teórico de la ley antidiscriminación, la vigencia de la normativa internacional y nos referiremos a la corriente jurisprudencial que hace aplicación de la ley 23.592 en el ámbito laboral.

1. INTRODUCCION

La mayoría de los países desarrollados y democráticos han incorporado a sus constituciones la garantía contra la discriminación, como también en muchos tratados internacionales.

No obstante la importante legislación existente en la materia, a la que seguidamente haremos referencia, el tema de la discriminación, continúa siendo un problema irresuelto, en donde si bien al Estado le cabe un papel muy importante, a través de la actuación de los diferentes órganos de gobierno, la población en su conjunto y desde los diferentes ámbitos de participación, debe bregar por lograr la igualdad teniendo en cuenta que es uno de los derechos fundamentales de la persona.

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACION

Cuando hablamos de discriminación, la asociamos inmediatamente a los llamados “derechos fundamentales” que, de acuerdo a Rodríguez Mancini, son aquellos derechos humanos que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han reconocido como indispensables y que necesariamente deben estar expresados en los documentos, básicos y superiores y que componen el conjunto de derechos esenciales de la persona y Pérez Luño lo sintetiza diciendo, “los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales”

A los efectos de dar un concepto sobre discriminación, transcribiremos el efectuado en el Convenio N° 111 de la O.I.T., el cual establece “... es una diferenciación, exclusión o preferencia fundada en razones de raza, sexo, religión, opiniones políticas, situación económica y social etc. que tenga por resultado la eliminación de igualdad de oportunidades de trato igualitario con relación al empleo o en el ejercicio de una profesión”.

La Declaración Laboral del Mercosur cuando garantiza la igualdad de los trabajadores, hace referencia a la discriminación prescribiendo en su art. 1º: Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos de trato y oportunidades en el empleo y ocupación sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo, orientación sexual, condición social, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica, etc.

Para Toselli la discriminación es una diferenciación arbitraria, sin justificación alguna, basada en la pertenencia a un grupo social o categoría específica. Entiende que discriminar es separar una cosa de otra basándose en ciertos criterios rectores para esa

elección. Entiende que se discrimina peyorativamente cuando se priva a una persona de derechos que le corresponden teniendo en cuenta bases que no son aceptables¹

El fundamento de la anti-discriminación es que todos los hombres nacen iguales en dignidad y por lo tanto se los debe tratar de igual forma siempre de que se trate de personas que se encuentran en identidad de situaciones.

Otra forma muy común de discriminación en la actualidad es el acoso sexual, que si bien ha existido en todos los tiempos recién fue denunciado en Estados Unidos en la década del setenta. Si bien no es privativo de las mujeres es donde se puede encontrar en forma mas frecuente. Es así que una sentencia del año 1986 dictada por la Corte Suprema en ese país lo reconoció como una discriminación en cuanto al sexo declarando el Tribunal que “someterse a un abuso sexual como condición para mantener el privilegio de trabajar resulta tan denigrante y desconcertante como el tener que soportar los más ofensivos epítetos raciales” . Ello dado que afecta un derecho humano como es la libertad sexual es decir el derecho o la libertad de mantener o no relaciones sexuales con otra persona sin verse presionado por la necesidad de acceder o conservar un empleo o también de acceder a un ascenso. Ese acoso sexual lo puede ejercer tanto el empleador como asimismo un jefe o superior que utilizando sus poderes jerárquicos trata de someter a sus empleados a su mas bajos instintos.

Sintetizando podemos decir que la discriminación viola los principios de igualdad de derechos y el respeto de a la dignidad de la persona en violación a los derechos fundamentales que son inherentes a todo ser humano por ser tal.

3. VIGENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

El concepto de Derechos Humanos comienza a formularse en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa en 1789, expresando “..los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las diferencias sociales no pueden estar fundadas mas que en la igualdad común” (art. 1). Empero, su desarrollo como valor jurídico con carácter universal se concreta en la Declaración Universal de los Derechos

¹ Toselli, Carlos Alberto, Grassis, Pablo y Ferrer, Juan Ignacio. Violencia en las relaciones laborales., Ed. Alveroni, Córdoba, 2007.

Humanos, proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

La Constitución Nacional, reformada en 1994, instituye que todos los Tratados Internacionales nombrados en el artículo 75, inciso 22, tienen jerarquía Constitucional y deben entenderse complementarios de los Derechos y Garantías reconocidos por la Constitución. Además se deja abierta la posibilidad de que se incorporen otros instrumentos de Derechos Humanos, mediando aprobación de mayorías especiales en el Congreso de la Nación.

Entre los tratados incorporados en forma expresa amén de la citada Declaración Universal de la O.N.U., en lo atinente a nuestro estudio, cabe señalar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) hizo innumerables esfuerzos a través de Resoluciones y Recomendaciones tendientes a igualar las oportunidades y los derechos entre trabajadores. Cabe mencionar por su importancia en el tema el Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración y el Convenio 111 sobre La Discriminación (Empleo y Ocupación).

Como consecuencia de la asimilación de los Convenios de O.I.T. ratificados por Argentina, a los tratados internacionales, se interpreta que adquieren el carácter supralegal del que gozan esos instrumentos internacionales, por lo cual toda norma nacional, ya sea anterior o posterior, a un convenio de la O.I.T. ratificado si establece disposiciones normativas inferiores, se aplica el Convenio Internacional por vigencia del principio de la norma mas favorable.

En cuanto a la determinación de la incorporación de un Convenio de la O.I.T. al derecho interno existen dos teorías, la monista y la dualista. En función de la primera, el convenio una vez ratificado se incorpora al ordenamiento jurídico nacional, en tanto que, para la teoría dualista, además de la ratificación es necesario un acto legislativo de incorporación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación recepta la primera, a la vez que

con referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos señala que deben ser interpretados de acuerdo al derecho internacional por cuanto son parte de ese ordenamiento jurídico.

La Declaración Sociolaboral del Mercosur, suscripta en Río de Janeiro el 10 de Diciembre de 1998 por los países integrantes del bloque regional, en su art. 1 introduce el principio de no discriminación garantizando a todos los trabajadores igualdad de derechos, trato y oportunidades en materia de empleo y ocupación, vedando la distinción por “...razón 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...”. Efectúa una referencia particular a personas con discapacidades físicas o mentales, mujeres y trabajadores migrantes, a la vez que resguarda contra actos discriminatorios que menoscaben la libertad sindical.

Por lo expuesto y en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de la asimilación de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, cabe concluir que dado el carácter de supralegalidad del ordenamiento jurídico internacional, tal normativa es de aplicación en los supuestos de conductas discriminatorias aún en casos que la legislación interna no contemple, o bien, en aquéllos en los cuales la norma del derecho interno consagre beneficios inferiores al trabajador por imperio de la vigencia del principio protectorio de la norma mas favorable.

Consideramos importante destacar con referencia a la normativa internacional, extensivo a la jurisprudencia, la doctrina del fallo “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A, S/ Acción de Amparo” de la Sala V de la CNAT ² del voto del Dr. Oscar Zas quien se expide considerando que el derecho a la no discriminación no solamente está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que integra el jus cogens (como fuente de derecho internacional que no puede ser derogada por tratados y debe ser aplicado por los tribunales internos de los países), extiende su interpretación a los informes, recomendaciones, doctrina de los organismos consultivos de la O.I.T., jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y decisiones adoptadas por organismos internacionales como fuentes de interpretación de los tribunales nacionales. En otro orden,

² Fecha 14/06/06, en La Ley, 2006 D, p. 217

en lo que respecta a la prueba y dadas las dificultades de probar el hecho discriminatorio y en función de ingresar al campo del jus cogens, conforme lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determina la inversión de la carga de la prueba, siendo suficiente para el trabajador configurar el cuadro indiciario siendo el empleador el obligado a probar que las causas del despido son ajenas a la conducta discriminatoria antisindical. El caso se refiere a una enfermera que sin desempeñar un cargo sindical realizó tareas gremiales a los efectos de impedir un cambio de jornada laboral siendo despedida, la Cámara dispone la nulidad del distracto y la reincorporación al trabajo, está pendiente el recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. NORMAS NACIONALES

En nuestro país la protección contra la discriminación se encuentra contemplada en la Constitución Nacional, desde su texto original, en el art. 16, que afirma el principio de la igualdad ante la ley ; en el art. 14, que asegura a todos los habitantes una pluralidad de derechos; en el art. 25, que establece el derecho a ingresar al país de los extranjeros etc. Con la reforma del año 1957, se incorporan los derechos sociales a través del art. 14 bis, estableciendo entre otros derechos : condiciones dignas de labor, igual remuneración por igual tarea, garantizando de esta forma la protección contra cualquier tipo de discriminación. .

Sin embargo recién con la reforma del año 1994, se da un paso más importante en ese sentido. Así es que el nuevo art. 37 C.N. garantiza en materia de derechos políticos declarando en su inc. 2 la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios y el art. 75 inc. 23 impone al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Como lo expresáramos precedentemente, el inc. 22 del mismo art. 75 dispone la incorporación a la constitución de diversos tratados internacionales a los que se le da jerarquía constitucional.

En la Ley de Contrato de Trabajo existen normas que prohíben la discriminación. El art. 17 prohíbe todo tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, nacionalidad, religiosos etc; el art. 73 impide al empleador obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas y sindicales; el art. 81 establece la igualdad de trato; el 172 prohíbe la discriminación de la mujer.

Existen otros artículos que si bien no la regulan expresamente, tienden a proteger al trabajador de conductas discriminatorias. Por otro lado, la normativa citada tiene un título que regula el trabajo de las mujeres y le otorga una mayor protección a través de la llamada “discriminación positiva”; al prohibir los trabajos de naturaleza penosa e insalubre, el trabajo a domicilio, el trabajo durante una parte del período de la gestación y después del alumbramiento. Se establece una presunción juris tantum a favor de la trabajadora en el supuesto de despido, la que se hace extensiva en el supuesto de matrimonio, si bien el despido es válido, la indemnización es mas gravosa, desalentando al empleador a rescindir el contrato.

La ley 25.013, en su artículo 11 -hoy derogado- incorporó la indemnización por despido discriminatorio.

En el ámbito del derecho colectivo la Ley 23.551, en su art. 53, cuando se refiere a las prácticas desleales establece: Serán consideradas prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo por parte de los empleadores, o en su caso, de las asociaciones profesionales que los representen : “...e) Adoptar represalias contra los trabajadores por participar en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados al juzgamiento de las prácticas desleales; ...g) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos reconocidos en esa ley ; ...j) Practicar trato discriminatorio en cualquiera de sus formas, en razón del ejercicio de los derechos sindicales...”

5. LEY ANTI DISCRIMINACION N° 23.592.

A diferencia de la normativa analizada, que es específica del derecho laboral – individual o colectivo- la presente ley, es una norma genérica y por lo tanto tiene carácter

general, aplicable a todas las circunstancias en que una conducta sea calificada como discriminatoria.

El art.1° establece lo siguiente : “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 C.N., será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado.

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”.

Si bien es cierto, que la mayoría de la doctrina, entiende que la presente ley es aplicable en el ámbito del derecho del trabajo, salvo algunas excepciones, por ser la misma de carácter genérico se han planteado algunos interrogantes a los que se hará referencia a continuación.

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

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

*explicitó para la interpretación auténtica , que esta norma debía ser aplicada en el mundo de las relaciones laborales, donde estas conductas son más comunes de lo que algunos quiere reconocer ... ”*³

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

Para Vázquez Vialard solamente se aplicaría la ley 23.592 en el supuesto de “vacío legal”, quedando afuera de la misma, los casos que están contemplados en la ley especial como es el supuesto del despido discriminatorio por motivos de embarazo (art. 178 L.C.T) y matrimonio (art. 182 L.C.T.) en los cuales la ley especial, -que para él prima sobre la general – que dispone expresamente, como sanción, el pago de una indemnización, por lo que el afectado no puede solicitar la nulidad del acto con fundamento en la ley general antidiscriminatoria⁴.

En desacuerdo con dicha postura, Toselli entiende, que la sanción contra el acto discriminatorio no debería diferenciar entre los motivos –causa-fuente- de la discriminación, ya que la finalidad de ésta es única, no existiendo fundamento constitucional que respalde que el despido discriminatorio contra una trabajadora embarazada o recientemente casada tenga sanciones diferentes a las del despido por razones de sexo, edad, religión etc. ya que, de sostenerse lo ello, se llegaría a la paradoja de que una trabajadora despedida por ser mujer que acciona por su reinstalación -fundado en la ley antidiscriminación- se le haría lugar a la reinstalación, mientras que a la mujer trabajadora embarazada despedida discriminatoriamente – que además de ser mujer se encuentra embarazada-, se le negaría la reinstalación, consolidando el acto extintivo no obstante tener idéntica motivación prohibida⁵

Ante la existencia de estas dos leyes, entiende que, se debe plantear la inconstitucionalidad de la norma particular, que sanciona en forma distinta el hecho discriminatorio, invocando la ley antidiscriminatoria general a fin de lograr la reincorporación a su puesto de trabajo. Basa asimismo su argumento en que en nuestra

³ Toselli, Carlos Alberto, Grassis, Pablo y Ferrer, Juan Ignacio. Ob. cit. En nota 1

⁴ Vázquez Vialard, Antonio (Director), Ojeda, Raúl (Coordinador), Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. I, p. 242.

⁵ Ob. citada en nota 1

constitución -art. 16- no existen discriminaciones más graves o menos graves y por lo tanto no pueden existir sanciones diferenciadas.

Así lo ha entendido la jurisprudencia en el caso “García, José Antonio y Vázquez, Anibal Félix c./ Telefónica Argentina S.A. s./ juicio sumarísimo Expte. 27.849/02. “..en nuestro ordenamiento interno se ha dictado la ley 23.592 que prohíbe toda forma de discriminación , manda a cesar el acto y a restituir la situación de estado anterior, como reparar todos los perjuicios. Dicha ley es una norma genérica antidiscriminatoria y abarca también, sin que se justifique con seriedad sostener lo contrario, el ámbito laboral. Asimismo el Tribunal justifica su postura basado en el principio protectorio de la norma más favorable que contempla el art. 9 de la L.C.T.

Quien no está de acuerdo con la aplicación de la ley antidiscriminación en el ámbito del trabajo es Rodríguez Mancini entendiendo que no existe un vacío legal en el régimen del contrato de trabajo , remitiendo a los arts.17 y 81 de la L.C.T. por lo que considera que la aplicación de un régimen general deviene improcedente. Entiende que la ley general de derecho común no es aplicable a las relaciones de trabajo. Para este autor la solución consiste en que el afectado por el incumplimiento del empleador de lo estipulado en el art. 17 de la L.C.T., se considere gravemente injuriado – art. 242 L.C.T.- denunciando la relación laboral por exclusiva culpa del empleador para reclamar la indemnización que estipula el art. 245 de la L.C.T. ⁶

Un análisis particular merece la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 la cual en su art. 52 establece una protección especial para los representantes sindicales que ocupan un cargo en una entidad sindical con personería gremial, prohibiendo cualquier modificación del contrato de trabajo o extinción del mismo que no esté fundado en una justa causa. La violación legal, le impone al empleador la incorporación del trabajador en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos por el tiempo que le negó tareas, o a opción del trabajador, el cobro de una indemnización agravada, que contempla dicha normativa, más la correspondiente al despido injustificado.

Sin embargo, quedan fuera del marco de protección, un espectro importante de trabajadores vinculados a la actividad sindical, tales como: los activistas sindicales que no tienen tutela sindical, los directivos de entidades sindicales simplemente inscriptas, los

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

delegados que no tienen cargo formal o aspirantes a delegados que son despedidos antes de formalizar la candidatura, y también otros, que sin desarrollar una actividad gremial, por tener un vínculo familiar o una relación de afecto con un delegado sindical son despedidos.

La mayor parte de casos, resueltos por la jurisprudencia nacional, en donde se aplica la ley N° 23.592, son por causas gremiales, tales como, Balaguer, Parra Vera, Pellejo; Álvarez y otros c./ Cencosud; Villalba, Arecco, Iglesias, Cáceres y Quispe. Sin embargo, en opinión de Simón, responden más a un “despido represalia”, que a un despido discriminatorio, es decir, sería más bien una sanción o escarmiento contra ese trabajador.

6. JURISPRUDENCIA

En la actualidad una corriente jurisprudencial con fundamento en la ley 23.592, denominada Ley Antidiscriminación, y, o bien, en los tratados internacionales, declara la nulidad del despido disponiendo la reincorporación del trabajador a su empleo. En otros casos establece el pago de indemnizaciones accesorias por daño moral.

6.1. NULIDAD DEL DESPIDO

Balaguer, Catalina c/ Pepsico Argentina S/Acción de Amparo⁷.

Con fundamento en la ley 23.592 se declaró nulo el despido con obligación de reincorporación bajo apercibimiento de imposición de astreintes en caso que el empleador se negare. Se trató de un caso de actividad sindical sin ocupar cargo gremial.

Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/despido⁸.

Se trata de un despido sin justa causa de una trabajadora que a través de un mail instaba a sus compañeros de trabajo a apoyar a los trabajadores de Aerolíneas Argentinas en conflicto laboral procurando acciones colectivas pacíficas. Se dispuso la nulidad del despido por causa de discriminación fundándolo en la ley 23.592, la reincorporación al empleo con apercibimiento de imponer astreintes en caso de incumplimiento, más el pago de los salarios caídos.

Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S. A. S/Acción de Amparo⁹.

⁷ Sala VI de la CNAT, 10/03/2004, en D.T., 2004, p. 775.

⁸ Sala IX de la CNAT, 31/05/2005, en D.T., 2005, p. 1476.

⁹ Citado en nota 1.

Se aludió precedentemente al mismo a los fines de destacar los fundamentos en la normativa internacional y la inversión de la carga probatoria. Se ordena la nulidad del despido por discriminación por causas sindicales.

Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo¹⁰

Se determinó la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador bajo pena de imposición de astreintes por entender la Cámara, con voto en disidencia, que medió despido discriminatorio por entender que el mismo tenía como causa la actividad gremial del trabajador. El caso se trataba de un trabajador que mantenía reuniones con el sindicato a fin de organizar las candidaturas a delegado gremial, por lo cual no gozaba de tutela sindical.

Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.¹¹.

La Cámara anuló los despidos y ordenó la reinstalación de los trabajadores, además del pago de los salarios caídos durante el tiempo que duró la cesantía. Aplicó la ley 23.592 por considerar que la empresa había incurrido en práctica antisindical. Se trató del despido de un grupo de trabajadores que constituyeron un sindicato y no tenía personería gremial por lo cual no poseían garantía de tutela sindical.

C.M.A. c/ Banco de la Nación Argentina¹².

Se declaró nulo el despido ordenando la reincorporación del trabajador, dado que los despidos discriminatorios carecen de eficacia. La Cámara consideró aplicable la ley 23.592 considerando “En orden al principio de igualdad de trato la ley 23.592 resulta aplicable a las relaciones laborales, resultando inadmisibles y vulnerando expresas garantías constitucionales así como tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), negar a los trabajadores dependientes derechos que le asisten a los restantes habitantes de la Nación”. Es importante resaltar el voto en disidencia, dado que si bien admite la aplicación de la ley 23.592 debe armonizarse con la estabilidad impropia consagrada en la norma laboral, por lo cual en el supuesto de no reincorporación del trabajador ordena el pago, además de las indemnizaciones por despido, otra por resarcimiento del despido discriminatorio.

¹⁰ Sala V CNAT, 21/12/2006, en La Ley, 2007-B, p. 607.

¹¹ Sala II de la CNAT, 25/06/2007, en La Ley, 2007-E, p.39.

¹² Sala III de la CNAT, 29/07/2009, en La Ley 02/12/2009, p. 8.

6.2. RESARCIMIENTOS ECONÓMICOS.

Méndez, Hector Horacio c/Carrefour Argentina S.A.¹³

Se ordenó una reparación por daño moral aplicando la ley 23.592. Se trató del despido de un trabajador que se postulaba para el cargo de delegado gremial antes de oficializarse su candidatura y por lo tanto no gozaba de tutela sindical.

Jimenez, Hugo O. C/ Jockey Club¹⁴

El actor intentaba formar un sindicato de jerarquizados. La demanda se fundó en la ley 23.551 aunque con un planteo subsidiario fundado en la ley 23.592, que finalmente dio sustento a la condena. Se fijó una indemnización por daño moral”

M.M.A. c/ Cinemark Argentina S.A.¹⁵

Se ordenó la una reparación económica por daño moral. Se trató del despido de un trabajador portador del virus HIV y no fueron probadas las faltas graves que se invocaron, teniéndose por acreditada la razón del despido.

G.R.M. c/Consortio de Propietarios del Edificio Malabia 2342/44/46¹⁶

Se fijó la indemnización por daño moral a un trabajador portador del virus de HIV, en el caso no se solicitó la nulidad del despido.

Frangella c/HSBC¹⁷

“Se trata de un caso de un jefe que ganaba menos que sus empleados. En el fallo se sostuvo que las causales de discriminación no son taxativas y el listado de la ley 23.592 es meramente enunciativo. Se condenó a la demandada al pago de indemnizaciones por despido, salarios caídos, mas una indemnización por daño moral”.

Aquino, Ariel Donato c/ Argencard S.A.¹⁸

“Se consideró discriminatoria la actitud de la patronal que estableció una diferencia en la remuneración del actor sin causa justificada. Se estableció que el trabajador debe probar la identidad de situaciones y el trato desigual y al empleador le incumbe demostrar las razones que justifica dicha desigualdad. La sentencia hizo mérito de lo dispuesto en la ley 23.592”.

¹³ Sala VI de la CNAT, 06/09/2007, en D.T.,2008, p. 678.

¹⁴ Sala VII de la CNAT. 05/07/2007, extraído de C.D. VII Jornadas del Centro de la República y I Jornadas de América del Sur del Derecho del Trabajo, Córdoba 29 y 30 de Octubre de 2009.

¹⁵ Sala I de la CnAt, 28/12/2006, en La Ley, 2007-B, p.574.

¹⁶ Sala V de la CNAT., 07/12/07, en C.D. de Jornadas citado.

¹⁷ Sala VII de la CNAT., 08/11/2007, en C:D. de Jornadas citado.

¹⁸ Sala I de la CNAT., 23/05/2008, en Cd. De Jornadas citado

7. CONCLUSIONES

1. Por lo expuesto y en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de la asimilación de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, cabe concluir que dado el carácter de supralegalidad del ordenamiento jurídico internacional, tal normativa es de aplicación en los supuestos de conductas discriminatorias aún en casos que la legislación interna no contemplare, o bien, en aquéllos en los cuales la norma del derecho interno consagre beneficios inferiores al trabajador por imperio de la vigencia del principio protectorio de la norma mas favorable.

2. Con referencia a la normativa aplicable, nos enrolamos en la corriente doctrinaria que entiende que las misma es la Ley N° 23.592, siempre que sea más favorable al trabajador, prevaleciendo ésta de carácter general sobre la especial laboral, teniendo en cuenta asimismo el principio protectorio que establece que en caso de duda se debe aplicar la norma más favorable para el trabajador.

3. Consideramos que las causales de discriminación determinadas en la ley 23.592, no son taxativas sino meramente enunciativas.

4. Con referencia al ámbito del derecho colectivo, y atendiendo a lo prescripto por la normativa internacional y a las normas del derecho interno, consideramos que sólo debería aplicarse a aquellos trabajadores que ejercieran funciones gremiales y no estuvieran amparados por la tutela sindical prevista por la ley 23.551, tal como lo tiene resuelto en forma prevalente la jurisprudencia nacional.

5. Con referencia a las consecuencias de la aplicación de la ley antidiscriminación, entendemos que dicho acto discriminatorio es nulo, debiendo sus efectos retrotraerse a su estado anterior, y además se deberá resarcirse el daño causado. Por lo que el empleador, en

un supuesto de despido deberá reincorporar al trabajador, abonar los salarios caídos y pagar la indemnización por daño.