

PRESENTAN AMICUS CURIAE.

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Guillermo PAJONI y Fernando NUGUER, en nuestro respectivo carácter de Presidente y Secretario General de la Asociación de Abogados Laboralistas (AAL), en representación de la misma, cuya sede social se encuentra en Viamonte 1668, piso 1º, depto. 3, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de los Dres. Luis Enrique RAMIREZ (Tº 21 Fº 534 CPACF), Antonio J. BARRERA NICHOLSON (Tº 68 Fº 466 CFALP) y Mariano PUENTE (Tº 601 Fº 416 CFALP), en los autos **“PELLEJERO, MARÍA MABEL S/AMPARO S/APELACIÓN” (Expediente Nº 1697/2005 “P”)**, constituyendo domicilio en Avenida de Mayo 1.370, 7º piso, oficina 160, de esta ciudad, ante V.E. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. Personería.

Que con las copias del Estatuto Social y del Acta de Asamblea General Ordinaria de designación de Autoridades, venimos a acreditar el carácter precedentemente invocado, solicitando que así se nos tenga y reconozca.

II. Objeto.

La Asociación de Abogados Laboralistas (AAL) solicita a la Honorable Corte Suprema de Justicia de la Nación ser tenida como Amigo del Tribunal para someter a su consideración algunos argumentos relacionados con el

despido discriminatorio y su respuesta legal en nuestro derecho, que consideramos de relevancia para el análisis del caso de autos.

III. Competencia de la AAL sobre la cuestión debatida en el pleito.

La AAL, conforme su Estatuto Social, es una asociación civil entre cuyos propósitos fundamentales se encuentra la defensa del principio protectorio en el ámbito del derecho del trabajo, principio esencial de la existencia y vigencia de la materia.

Concibe así el derecho del trabajo como una rama del derecho que reconoce como premisa fundante la tutela del trabajador.

Entre sus objetivos fundamentales también se encuentran el de afianzar los principios y fines jurídicos y sociales que sirvieron de basamento a la creación del fuero laboral y el de procurar soluciones a los múltiples problemas que la realidad ofrece en el Derecho Social, en especial el reconocimiento de la inherente dignidad del hombre que trabaja.

Con estos postulados, la AAL ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en el año 1.958.

En los presentes actuados se discuten asuntos que claramente se imbrican en dicha temática; y, desde esa perspectiva, ella excede el interés de las partes litigantes afectando a la comunidad toda.

En base a ello estimamos de interés para la Excma. Corte Suprema de Justicia el análisis de los argumentos que se vierten a continuación.

IV. Relación de la AAL con las partes del proceso.

A todo evento, cabe poner de manifiesto que la AAL no tiene relación alguna, ni directa ni indirecta, con las partes del proceso, María Mabel Pellejero y el Banco Hipotecario.

V. Plazo.

Que la presentación se efectúa dentro del plazo dispuesto por la Reglamentación dictada por esa Corte, el que vence el 16 de febrero de 2009.

VI. La protección contra el despido arbitrario en la ley de contrato de trabajo.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en lo que aquí interesa, dispone que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador:... protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público...”*.

El constituyente de 1957 impuso al legislador para el empleo público un sistema único y excluyente, el de la estabilidad; pero con respecto al empleo privado ordenó que se garantice un sistema que proteja a los trabajadores contra el despido arbitrario, dejando librado a la legislación la determinación del sistema adecuado para alcanzar ese objetivo¹.

Debe señalarse, respecto de la protección contra el despido arbitrario, que la norma constitucional no se encuentra vacía de contenido (como ya señalara esa Corte con respecto a las normas constitucionales en gene-

¹ Esa Suprema Corte en Madorrán (Fallos 330:1989) hizo suyo el criterio expuesto.

ral), por el contrario, el adjetivo *arbitrario* que sigue al sustantivo *despido* modaliza claramente la interpretación de la norma.

Arbitrario significa lo mismo que *desnudo de causa*, lo que es también ***voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho y contra ello se ordena proteger. Y si el legislador ordena proteger contra el despido arbitrario es porque considera axiológicamente negativa dicha conducta, o sea contraria a derecho.***

Dicho de otra manera, desde el mismo texto constitucional (que recordemos establece desde su primer párrafo una verdadera garantía de protección) se califica al despido arbitrario, desprovisto de motivo, como un acto contrario a derecho, ilícito; debiéndose concluir que el empleador no tiene la *facultad* de despedir y, sobreabundantemente, señalar que no hay norma constitucional que directa o indirectamente permita una interpretación contraria.

A nivel constitucional, entonces, se ha establecido la obligación de proteger pero se ha dejado al criterio de legislador infraconstitucional el determinar como habría de implementarse dicha protección. Lo expuesto demuestra que la misma podría ser de mayor o menor rigurosidad, esto último en la medida de que no se desnaturalice la garantía constitucional (Art. 28 y 75 inc. 23 CN).

Así fue que el legislador infraconstitucional interpretó cumplir con la obligación impuesta estableciendo una indemnización a través de la cual se pretende reparar el daño causado por el acto ilícito comprendido en un

despido *ad nutum*.

La LCT no *permite* el despido sin causa sino que solo sanciona esa ilicitud al imponer una indemnización, con la particularidad que no dispone la desactivación del acto extintivo antijurídico. El acto es considerado ilícito, por ende se deben indemnizar los daños, pero se mantiene su efecto extintivo.

Pero bien podría haber ocurrido que el legislador entendiera que la protección contra el despido arbitrario podría requerir un sistema de mayor rigor, tal como indemnizaciones más altas o, aún, sancionando la estabilidad en el puesto de trabajo o sea, lisa y llanamente, prohibiendo el despido sin causa, tal como lo hizo en el caso de los representantes gremiales (Art. 40, 48, 50 y 52, ley 23.551), sistema cuya constitucionalidad, cabe recordar, ha sido reiteradamente reconocida por esa Corte Suprema.

Por ello es que el mandato constitucional de tutelar contra el despido arbitrario no excluye la posibilidad de una mayor energía sancionatoria que la prevista en la norma actual.

En el mismo sentido Deveali, Justo López y Fernández Madrid, sostuvieron que el principio de estabilidad y/o la protección contra el despido arbitrario puede garantizarse con mayor o menor intensidad o energía sancionatoria, asegurándose al trabajador de una forma más o menos perfecta su derecho a permanecer en el empleo hasta que él mismo lo decida por su propia voluntad o hasta que un hecho justifique objetivamente la extinción del contrato, con invocación o prueba de justa causa².

²Ver, por ej., DEVEALI, Mario L. "La estabilidad de las relaciones de trabajo de derecho privado". Revista Derecho del Trabajo. T°XI, pág. 484.

En esta línea interpretativa sostuvo Justo López que puede haber distintos grados de intensidad del derecho a la estabilidad, correlativos a los grados de intensidad de la protección contra el despido arbitrario³. Refiriéndose a nuestra legislación afirmaba que se adoptó uno de los sistemas posibles de protección: aquél que reconoce la validez del mismo pero lo considera un acto ilícito, sancionándolo con el pago de una indemnización.

Lo expuesto nos lleva a diferenciar, en todo caso, la ilicitud del despido injustificado de la mayor o menor energía con que puede ser sancionado, sea que se imponga la nulidad como sanción máxima, o una mera de indemnización por tal forma de extinción no permitida, proscripta o vedada desde la cúspide del sistema normativo.

VII. Las implicancias de los tratados internacionales de derechos humanos.

Autores de larga y conocida trayectoria en la materia (como Ermida Uriarte en Uruguay, Antonio Baylos Grau en España, Moisés Meik y Ricardo Cornaglia en la Argentina, entre otros) han advertido sobre las particularidades de ese ámbito privado que constituye la empresa, lugar donde se desarrollan las relaciones laborales, señalando que no componen un recinto segregado del respeto, protección y vigencia de las garantías propias que toda persona merece por el solo hecho de serlo.

³LOPEZ, Justo. *“Despido arbitrario y estabilidad”*. Revista Legislación del Trabajo. Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1973, T° XXI-A, págs. 308/309.

Ello resulta de notoria importancia a poco que se repare en la afirmación del propio Director General de la OIT, cuando sostuvo que *“Cada día, en cada lugar de trabajo en las distintas regiones del mundo, la discriminación constituye una triste realidad para cientos de millones de personas”*⁴.

En el mismo sentido el Señor Ministro de Trabajo Carlos Tomada, en su participación en las Jornadas Cuatripartitas sobre Responsabilidad Social Empresaria, realizadas el 28 de setiembre de 2004, sostuvo *“El tercer elemento es un hecho que por doloroso no deja de ser real, y es el tema de la discriminación. Que junto con el de trabajo infantil son dos problemas a los cuales la Argentina ha mirado de costado sin asumir en plenitud la responsabilidad de limitar en el crecimiento de estos dos males. Y cuando hablo de la discriminación, y aquí estoy hablando tanto de la igualdad de derechos entre varones y mujeres en el mundo laboral, pero también estoy hablando de que a caballo de un mercado de trabajo duro, se han instalado en Argentina prácticas discriminatorias en razón de nacionalidad, por razones gremiales, por razones políticas, incluso por razones religiosas. Y este es un mal que la Argentina siempre pensó que era de otra realidad”*.

Recordando nuevamente a Ermida Uriarte, este autor ha sostenido que las relaciones laborales *“son relaciones de poder, con lo cual ofrecen un campo propicio no sólo para la discriminación, sino para potenciar la discriminación, porque esa discriminación que ya nos viene servida desde*

⁴Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer” Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas, ILANUD, 1998.

la vida social, familiar, etc., encuentra la posibilidad de un ejercicio potenciado en una relación de subordinación, entre quien dirige y quien es dirigido”⁵.

Es así que el problema de la discriminación en las relaciones laborales constituye una realidad omnipresente que lesiona la dignidad de los hombres que trabajan y consecuentemente sus derechos fundamentales.

Por ello debe constituir una preocupación esencial de todos cuantos tengan, directa o indirectamente, la posibilidad de intervenir al interior de las mismas, que ellas se desarrollen dentro de un ámbito de respeto de los valores esenciales tales como la libertad, la dignidad e igualdad de oportunidades, de modo tal de tender a la consecución de un régimen más justo y solidario en las relaciones de capital, producción y trabajo.

A nivel internacional dicha preocupación se ha plasmado en una miríada de disposiciones entre las que cabe mencionar, particularmente respecto a la garantía de igualdad y su correlato la prohibición de discriminar a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Artículos II, V, XII; Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, Artículos 1, **2.1**, 4, 7, 10, 12, 16, 23.2, 28; Convenio OIT 100, Art.1.B, 2.1; Convenio 111; Convenio 183 Art. 1, 3, 8, 9; Convenio 158 Art. 5 y 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Arts. 2.2, 3, 7 Inc. c),14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art.1 ,8, 13, 17, 23, 24, 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2.1,

⁵ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en “La mujer en el Derecho del Trabajo. De la protección a la promoción de la igualdad”. Trabajo publicado en Brasil del que consultado el autor existe una versión menor que no incluye la cita puede verse en “El Derecho laboral y las mujeres: de la protección a la igualdad”, en “Normas discriminatorias de las mujeres”, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Tercera Serie N° 10, Montevideo 2003.

3, 14 ,18, 25, 26; Declaración Sociolaboral del Mercosur, Art. 1, 2, 3, 4; Convención sobre la eliminación todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 1, 2, 5, 11.1 Inc .B, 12, 15, 23; Convención Internacional sobre eliminación de todas formas de Discriminación Racial; Art. 1, 2, 3, 5, 6; Convención sobre los Derechos del Niño: Art.1, 2, 3, 23, 28.

A su turno la Constitución Nacional: Artículos refiere al tema en los Arts. 14 Bis, 16, 20, 37, 43, 75 Inc. 12, 22, 23, 24 y a nivel infraconstitucional la Ley Nº 23.592 de penalización de actos discriminatorios, Art.1.

Y, como es sabido, el Art. 75 inciso 22 confiere jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y prevé para el futuro un procedimiento especial mediante el cual otros tratados de derechos humanos pueden lograr aquella misma jerarquía. Asimismo, establece como principio general que los Tratados Internacionales ratificados por el país, gozarán de jerarquía superior a las leyes.

A partir de allí deviene la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad, en función de lo cual la normativa infraconstitucional debe ser examinada a la luz de la Norma Básica y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ésta para verificar si supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad.

El tema no es menor si atendemos a que nuestra Corte tiene dicho que el control de constitucionalidad de las leyes, que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en

cierta forma negativa de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite; lo que debe ser interpretado a la luz del criterio también consolidado del cimero Tribunal en el sentido que los Tratados de Derechos Humanos se han incorporado a la Constitución Argentina convirtiéndose en derecho interno. Pero también recordando que lo fue *en las condiciones de su vigencia*, con lo que no sólo resultan vigentes en nuestro derecho interno sino que su aplicación debe realizarse tal como son efectivamente interpretados y aplicados por los organismos internacionales⁶.

En el marco de lo precedentemente expuesto, no podrá ya obviarse la fuerza vinculante contenida en las opiniones consultivas de los organismos especializados de aplicación de los Tratados Internacionales, siendo ese el sentido que deberá darse a la normativa internacional por parte de los jueces nacionales, siempre que se trate -claro está- de una norma más beneficiosa para el trabajador en comparación con su similar prevista en la legislación interna del país.

En otras palabras, la obligatoriedad que emana de los Tratados Internacionales y sus respectivas pautas de interpretación en materia de derechos económicos, sociales y culturales debe leerse necesariamente, cuando se trata de aplicar esa legislación en beneficio de un trabajador, en clave laboral, de manera que por efecto del principio *pro homine* siem-

⁶V. Causa "Giroldi" de Fallos: 318: 514, considerando 11.

pre habrá de estarse a la norma y a la interpretación más favorable al hombre que trabaja.

En esta línea se inscribe la Opinión Consultiva N° 18 de la CIDH, donde expresamente se afirmó que *“Son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente”* (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003)”.

Concluimos entonces que las normas arriba citadas, consagradas y receptadas como parte del bloque del constitucionalismo social por la reforma del '94, resultan autoaplicables atento que forman parte del ius cogens u orden público internacional, el que consagra no solo el impedimento de las conductas discriminatorias sino que además resultan vinculantes para los estados y horizontalmente también entre particulares.

Con ese alcance, pues, destacamos que por el Art. 6 del Pacto Inter-

nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dispone que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho...”*. Esta norma del Pacto se encuentra complementada, a su vez, por la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organismo encargado de la supervisión de la implementación del PIDESC), aprobada el 24 de noviembre del 2005. Allí se señala que *“El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad”*.

Concordantemente, el aludido Comité establece el alcance y sentido que debe imprimirse a la norma contenida en el Art. 6, al definir que *“Cuando se redactó el artículo 6 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato estipulando obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico...”*, para luego afirmar que *“El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las perso-*

nas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica". Finalmente, se señala que "El incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros... Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. **Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición...** La integración en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que amparan el derecho al trabajo, en especial de los convenios pertinentes de la OIT, debe reforzar la eficacia de las medidas adoptadas para garantizar tal derecho, por lo que se encarece la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo, o el reconocimiento de su aplicabilidad directa, puede mejorar de modo importante el alcance y la

eficacia de las medidas de corrección y se alienta en todos los casos. Los tribunales estarían entonces en condiciones de juzgar las violaciones del contenido básico del derecho al trabajo invocando directamente las obligaciones derivadas del Pacto...”

Con sustento en ello, autores como Rolando E. Gialdino han concluido que *“la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa nuestra OG. 18 (Art. 48), así como los Arts. 10 convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador...”*⁷.

En el ámbito americano se destaca la previsión contenida en el Art. 7 del Protocolo de San Salvador, que dispone en lo pertinente que *“Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:.. d) 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 cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...”*, lo que en sintonía con la aludida Opinión Consultiva N^o 18 adquiere notoria relevancia, recordando que la misma prescribe que *“si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reco-*

⁷Conf. Rolando E. Gialdino, *“El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 23 (diciembre 2006), Lexis Nexis, p. 2085/6 y 2090

nocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente”.

También es de considerar el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la extinción de la relación de trabajo, adoptado con fecha 22 de junio de mil novecientos ochenta y dos. Si bien no ha sido ratificado por nuestro país su imperatividad resulta igualmente obligatoria para los Estados Partes.

Ello por cuanto la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 obliga a los estados miembros -y nuestro país lo es-, más allá de cualquier ratificación o acto nacional de incorporación o reconocimiento, a reconocer y aplicar en su derecho interno todos aquellos que se consideren por la OIT Convenios Fundamentales y el OIT 158 lo es en cuanto constituye una reglamentación del derecho AL trabajo. En él se preservan y garantizan, a la persona que trabaja derechos que ya pertenecen a la conciencia jurídica universal y en consecuencia forman parte del *jus cogens*.

En tal sentido ha manifestado el Director General de la OIT (año 1998) que la declaración rige automáticamente para todos los países que hayan aceptado la Constitución de la OIT, independientemente de que hayan ratificado o no los convenios fundamentales de la OIT.

El derecho AL trabajo, digno, decente y estable, en definitiva, es un derecho humano esencial. Entendido así, el derecho AL trabajo es un capítulo dentro de los derechos humanos, que son universales y van, o deberían ir, más allá de la condición del mercado laboral.

Más particularizadamente, en el ámbito del Derecho del Trabajo Antonio Baylos Grau aborda la cuestión al referirse a la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, desentrañando aquí un tema de fundamental importancia: el problema de la eficacia de los derechos que posee cualquier ciudadano al interior de la empresa, más allá de encontrarse sometido a la disciplina de una organización productiva dirigida por su empleador.

La noción de ciudadanía en la empresa se resuelve -en la tesis del autor que venimos citando- en la enunciación teórica de que el trabajador individual debe disfrutar los derechos reconocidos constitucionalmente también en los lugares de trabajo, partiendo de una noción pluridireccional de la eficacia de los derechos fundamentales, que surten efectos también entre los privados, no sólo frente a los poderes públicos⁸.

Así lo explica H. Sarthou, quien entiende que la estabilidad es fundamental para la calidad del derecho humano, en tanto debe ser sin incertidumbres un bien incorporado realmente al patrimonio jurídico del trabajador. Baylos Grau completa la explicación aludiendo a límites y restricciones a la capacidad de despido del empleador. **Ese límite es la existencia de una justa causa.**

Teniendo en cuenta lo hasta acá dicho, razonando desde la lógica jurídica más elemental y desde un indispensable sentido de justicia ¿Puede suponerse que un trabajador pueda ser privado de derechos fundamentales que le son reconocidos en su calidad de ciudadano, particularmente en

⁸Por una (re) politización de la figura del despido". RDS nro.12- Edit. Bomarzo- Albacete-España .- octubre- diciembre 2000.

lo referido a no ser objeto de actos discriminatorios? Responder positivamente a dicho interrogante implicaría reconocer la vigencia de una verdadera excepción en el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales, convirtiendo a la empresa en un lugar en el que no se los aplica verdaderamente; conclusión francamente incompatible con un estado social de derecho y la normativa contenida en el Tratado de Viena sobre el derecho de los tratados.

Concluimos que las normas internacionales, en especial las vinculadas al derecho AL trabajo resultan autoaplicables en nuestro derecho interno.

VIII. Aplicación de la ley N° 23592 en el ámbito de las relaciones laborales.

Debemos señalar, maguer la conclusión recién expuesta, que en nuestro derecho interno rige la ley 23592, la que, en opinión de esa Corte Suprema, resulta ser reglamentación directa de lo dispuesto en el Art. 16 CN y de las normas internacionales en materia de discriminación, poseyendo en tal sentido carácter federal; debido a lo cual el tema excede el directo interés de las partes e involucra y afecta a toda la comunidad (Fallos 320:1842; 322:3578; 324:392; entre otros).

Dicha norma vino así a facultar a la autoridad judicial a ordenar que todo acto u omisión discriminatorios sean dejados sin efecto o que cese su realización. La adopción de una decisión de este tenor conlleva la restitución de las cosas al estado anterior a la producción del acto u omisión y a

la reparación del perjuicio moral y material ocasionado (Art. 1 de la citada norma federal).

Se ha sostenido que la norma bajo análisis no puede ser aplicada en el ámbito del derecho del trabajo por tratarse de una ley general, siendo que la ley particular (la laboral) desplaza a la general conforme conocido y aceptado principio interpretativo; postulándose que la única reparación que le correspondería al trabajador víctima de un despido discriminatorio es la reparación dispuesta por el Art. 245 LCT

Sin embargo la garantía constitucional de protección ordena el aseguramiento de condiciones dignas de labor, y en el marco de dicha dignidad se encuentra la descalificación de las conductas discriminatorias, en consonancia con la normativa internacional ya citada.

En este sentido, siendo que la naturaleza de las normas no se encuentra definida por el cuerpo en el que están insertas, la ley 23592 no hace más que asegurar, también en el ámbito de las relaciones del trabajo, el cumplimiento de lo constitucionalmente ordenado: es una ley, protege e intenta asegurar condiciones dignas de trabajo.

Por otra parte, siguiendo el criterio que objetamos, en nuestro derecho interno se daría la paradoja de que el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional en la precisa frase acuñada por esa Corte, resultaría tener menos derechos que un ciudadano común; arribándose a un absurdo que demuestra el error del razonamiento.

Coadyuvantemente debemos recordar que la propia ley de contrato de trabajo prohíbe la discriminación, pero no especifica en su contenido

las consecuencias que el acto discriminatorio acarrea; ello determina que deberemos buscarlas (las consecuencias) en el resto del ordenamiento jurídico (Art. 505 CC). Y hoy, dicho ordenamiento nos remite a la ley 23592, que da contenido a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de no discriminar, resultando de esta manera plenamente operativa y aplicable en materia laboral.

IX. El despido discriminatorio.

Si hemos argumentado que no existe en nuestro derecho una *facultad* de despedir, y demostrado que dicho acto es un acto ilícito cuando carece de expresión de causa, si además resulta que el mismo encierra una conducta discriminatoria por parte del empleador, se advierte que porta una doble ilicitud. La que porta *per se* el despido incausado y la que surge del acto discriminatorio; conductas ambas vedadas por el Art. 14 bis CN, la normativa internacional citada y la ley 23.592.

El despido discriminatorio es así una conducta violenta y perversa que victimiza a la persona que trabaja en cuanto la lesiona en su dignidad, tal como se lo enfoca en el Art. 5 y se potencia en el Art. 10 del Convenio 158 de la OIT y se desarrolla en la Recomendación 166 de la OIT.

En este marco, frente a la comprobación de un despido de estas características, la solución legal más ajustada consiste en hacer cesar el acto discriminatorio, lo que no constituye ni más ni menos que una reparación *in natura*, la *integrum restitutio*. Es así que si la manifestación práctica del acto discriminatorio es la exclusión del trabajador de su puesto de trabajo,

la cesación del efecto del acto que se declara nulo es, ni más ni menos, que restituir al trabajador en el mismo. Unica manera de hacer cesar los efectos de la discriminación⁹, y como medida complementaria el pago de una justa indemnización (conforme Art. 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰).

Fue precisamente aplicando esa regla general a un caso de despidos discriminatorios derivados de la participación de los trabajadores en una medida de acción directa, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió una demanda contra el Estado de Panamá, a quien condenó a reintegrar en sus cargos a 270 trabajadores y -solo en caso de que ello no fuera posible- a brindarles alternativas de empleo que respetasen las condiciones laborales y salarios que tenían al momento de ser despedidos. Además, ordenó al estado empleador a reparar el daño moral padecido por los trabajadores.¹¹.

La solución que propiciamos no se encuentra en pugna ni reemplaza ni determina *per se* la inconstitucionalidad de la indemnización dispuesta por el Art. 245 LCT. Simplemente el trabajador, víctima del hecho discri-

⁹ “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral” (Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 26; entre otros)

¹⁰El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.” (Corte IDH, caso “La Cantuta Vs. Perú”, Sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 200).

¹¹CIDH, “*Baena, Ricardo y otros c/ Panamá*”, sent. del 2/2/2001.

minatorio, tendrá ante sí una doble vía, la de pedir la reinstalación en el puesto de trabajo y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, o la de reclamar las que difiere el sistema indemnizatorio de la ley de contrato de trabajo.

X. El estado de la doctrina.

A partir del año 2001 en que en la justicia laboral argentina comenzaron a dictarse sentencias que declaraban la nulidad de los despidos discriminatorios, principalmente, pero no sólo, por violación a la libertad sindical, la doctrina comenzó a analizar más detenidamente la cuestión.

La más cerrilmente negacionista de los derechos de los trabajadores sostuvo la imposibilidad jurídica de que un trabajador obtuviera otra cosa que no sea la indemnización del Art. 245 LCT, cuya crítica efectuamos arriba.

Sin embargo la gran mayoría, sensible al avance de los derechos humanos en el marco de los derechos sociales y en particular por una cada vez más asidua aplicación de la normativa internacional en la solución de los conflictos, evolución en la que esa Corte tuvo una destacadísima participación, llegaba a conclusiones completamente contrarias, sosteniendo la posibilidad de que un trabajador podía demandar persiguiendo su reinstalación en el puesto de trabajo y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Así fue que en una mutua realimentación la doctrina y la jurisprudencia laborales fueron construyendo un cuadro de situación que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Se estableció que la nulidad era la sanción que correspondía a ese tipo de despido, correspondiendo que se ordenara la consiguiente readmisión del trabajador en su puesto, por considerar que a la antijuridicidad de la cesantía incausada se agregaba la violación del derecho fundamental a no ser discriminado. Así el despido discriminatorio es una conducta doblemente ilícita.
- Se concluyó que, por su mayor entidad antisocial, el despido discriminatorio merece una drástica energía sancionatoria, que consiste en declarar su ineficacia para extinguir el vínculo laboral.
- Se tipificó la praxis que encubre medidas de este tipo recurriendo a cesantías sin causa o a inexistentes despidos disciplinarios, o bien aprovechando un incumplimiento menor del trabajador.
- En materia procesal se innovó respecto de la carga de la prueba de la conducta discriminatoria, en sintonía con criterios similares de Tribunales Internacionales, por ejemplo por el Superior Tribunal Constitucional de España y por el Tribunal Constitucional del Perú, entre otros. Se reformuló significativamente el criterio tradicional de esa problemática del dere-

cho instrumental entendiéndose que el trabajador debe aportar indicios serios de la existencia de la conducta discriminatoria (que incumbirá al juez -en su rol de conductor del proceso- evaluar de conformidad con las reglas de la sana crítica); a partir de ello le corresponderá al empleador, que es quien está en mejores condiciones para hacerlo, probar las verdaderas causas del despido acreditando que las mismas no tienen el carácter o condición incriminados.

- Se reconoce el derecho a percibir los salarios devengados desde el dictado del acto que se anula y el momento de la efectiva reincorporación del trabajador.
- Se reconoce también el derecho a la plena indemnización de los daños y perjuicios sufridos, especialmente el daño moral.
- La doctrina mayoritaria sustenta así un enfoque que parte del respeto a los derechos fundamentales violentados, principalmente el de libertad sindical, que protege a cualquier trabajador que ejercite tal tipo de derecho.

Derogado el tratamiento exclusivamente monetarista de los despidos discriminatorios dispuestos por la ley 25013, de 1998, la habilitación de las fuentes normativas de fondo y procesales aludidas se encamina en el sentido precedentemente indicado. En respaldo de ese enfoque de fondo y procesal se tuvo también especialmente en consideración a las fuentes internacionales vinculantes y directamente operativas.

Es evidente que se asiste a una clara tendencia de progresiva conso-

lidación de los principios expuestos.

En consonancia con dicho sistema de ideas insistimos en la aplicación de la Ley 23592 en todos los supuestos de trato discriminatorio, puesto que es una ley de índole social, que permite sancionar con la mayor energía ese comportamiento inmoral, abordando una patología no infrecuente en el campo de las relaciones laborales.

Así lo ha sostenido el Diputado iuslaboralista Ricardo Cornaglia en su condición de miembro informante de una iniciativa cuyo criterio ha sido finalmente sancionado. Y esa misma caracterización fue realizada como parte de sus principales conclusiones, el 21 de abril de 2007, por el IX Encuentro del Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Pcia. de Buenos Aires, desarrollado en San Isidro, Año 2007, en el que debatieron Jueces, abogados y docentes universitarios de la disciplina laboral. Allí se declaró la plena aplicación de la ley a los despidos discriminatorios.

Desde esta misma óptica se advierte también que la ley 23592 consagra normativamente el criterio de Justo López, en cuanto sanciona con mayor entidad la nulidad de ese tipo de despido de mayor gravedad y perversidad, tal como se lo enfoca en el Art. 5 del Convenio 158 de la OIT y se conecta con el Art. 10 del mismo, al recomendarse como solución normativa la nulidad del despido y consiguiente readmisión del trabajador, lo que, a su vez, se desarrolla en la citada Recomendación 166 de la OIT.

Habiendo recorrido criterios diversos sobre el despido sin justa causa, haciéndolo desde el que lo considera como un derecho del empleador

fundado en la facultad de contratar y la libertad de comercio, pasando por la tesis de Justo López, Fernández Madrid y otros, que lo califican de acto ilícito y susceptible de ser legislativamente objeto de nulidad infraconstitucional, que no niegan compatibilidad constitucional al despido ad nutum compensado económicamente, y las tesis de Sarthou y Capón Filas, que no admiten que tal compensación supere el test de constitucionalidad, se debe admitir que la nulidad del despido discriminatorio se inscribe progresivamente, en forma moderada y cautelosa, en un plano intermedio, porque fulmina sólo con la ineficacia extintiva a los despidos que, según históricamente se sostuvo en el derecho comparado, son "*radicalmente nullos*" conforme a la difundida expresión gestada por el Superior Tribunal Constitucional de España, desde 1981.

De este modo el Art. 245 de la LCT no constituye una valla a la nulidad de los despidos discriminatorios, que responden a otro enfoque normativo de fuente constitucional, supralegal y que tiene reglamentación interna en la ley federal 23592.

XI. Conclusiones.

En suma, entendemos que cabe analizar la relevancia jurídica de la cuestión como un abordaje profundizado de esta temática, en la que están comprometidos derechos fundamentales o humanos, como el principio de no discriminación y de igualdad de derechos.

Ello también es así por sus proyecciones presentes y futuras en la materia, tales como: a) las reglas probatorias que se emplea para res-

guardar la igualdad procesal de los justiciables en el marco del debido proceso legal; b) el reconocimiento del carácter vinculante de las fuentes internacionales del derecho, que se aplican "*en las condiciones de su vigencia*", de su naturaleza de *ius cogens* y de su relación con las reglas arriba mencionadas; c) la primacía del derecho fundamental AL trabajo y a la estabilidad en el empleo, en su faceta de protección contra el despido arbitrario-discriminatorio; y d) el restablecimiento de las condiciones alteradas -además del derecho a la reparación- traducido en la nulidad absoluta del acto ilícito, con el efecto de la efectiva readmisión del trabajador en su empleo como si la relación no se hubiera interrumpido en momento alguno.

XII. Convocatoria.

Los acá presentantes solicitan a esta Excma. Corte Suprema de Justicia que considere la posibilidad de convocar a audiencia pública para debatir las presentes cuestiones. En la misma, representaría a la Asociación de Abogados Laboralistas el Dr. Moisés Meik, reconocido jus laboralista y ex juez, Secretario Académico de nuestra Institución.

Además se permiten solicitar a Vuestras Excelencias que consideren la posibilidad de convocar para exponer en dicha audiencia al Dr. Oscar Ermida Uriarte, Catedrático de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, al Dr. Antonio Baylos Grau, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, España y al Dr. Ricardo J. Cornaglia, Director del Instituto de Derecho Social de la Universidad Nacional de La Plata.

Motiva lo pedido el hecho de que se considera que el alto prestigio académico de los profesores propuestos, fundado en una sólida formación en derecho, seguramente informará a la Corte sobre el tema en debate.

XIII. Petitorio:

Por todo lo expuesto solicitan:

- a) Se los tenga por presentados en el carácter invocado.
- b) Se provea favorablemente la presentación.
- c) Se convoque a audiencia pública.
- d) Se disponga la convocatoria a los profesores propuestos.

Proveer de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA