

DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO Y PROTECCIÓN EFECTIVA CONTRA DESPIDOS ILÍCITOS CON NULIDAD Y REINCORPORACIÓN

Moisés MEIK

*A Helios SARTHOU, Oscar ERMIDA URIARTE y
Ángel Eduardo GATTI que viven arraigados
en la memoria, profundos y sensibles
humanistas, consecuentes luchadores del De-
recho Social del Trabajo, tiernos e
inolvidables seres humanos.
Con fraternal amor y admiración
a quienes honraron la vida.*

SUMARIO: 1. Pasado y presente de una temática central.- 2. Contratación estable: pilar del derecho al trabajo.- 3. El ataque flexibilizador a la estabilidad.- 4. Protección contra el despido arbitrario, derecho al trabajo y libertad sindical.- 5. ¿Convalidar un deseo perverso o reponer el derecho humano?- 6. La postura de AAL expuesta ante la CSN -*amicus curiae*.- 7. Implicancias de los Tratados internacionales de derechos humanos.- 8. En el revés de la trama: una cuestión de poder.- 10. El despido irrazonable y violento, planificado por el poder privado.- 11. La saga de fallos sobre despido discriminatorio

1. Pasado y presente de una temática central

Uno de los temas que más interés y aportes ha concitado en el Derecho del Trabajo argentino en los años recientes es la protección efectiva del trabajador contra el despido ilícito y su vinculación directa con el derecho fundamental “al” trabajo, en su proyección como estabilidad real o efectiva. Se ha desencadenado con la problemática del despido discriminatorio, su nulidad y reparación plena, que abarca principalmente

la reinstalación del trabajador en su empleo y condiciones de trabajo.

Adicionalmente se prevé la compensación de todos los daños originados por esa gravísima conducta segregatoria, perpetrada por el poder empresarial. En ese camino, se ha valorado la significación de los derechos humanos fundamentales en clave laboral y la necesidad de su efectiva garantía.

En esos supuestos de despidos especialmente graves, se resuelve la ejecución de la sentencia en sus propios términos. Se privilegia, de tal modo, a los derechos fundamentales lesionados por encima de los patrimoniales, impidiendo al empleador sustituir la condena de nulidad y reincorporación con la monetización de la extinción, siendo esto último lo más destacable.

En numerosos supuestos, se hace lugar al reclamo de una medida cautelar ordenando la reinstalación del trabajador, que denuncia haber sido despedido discriminatoriamente, hasta que recaiga sentencia definitiva. Esta solución transitoria adquiere suma importancia como respuesta inmediata porque reviste efectos individuales y colectivos y por su sentido inequívocamente disuasivo frente a esas conductas más violentas del poder privado o público.

Frente a la vulneración de libertades públicas y derechos fundamentales, especialmente el no sufrir discriminaciones negativas arbitrarias, se perfila un análisis de esos bienes y valores, desde una perspectiva no sólo jurídica sino política, orientada hacia la efectiva democratización de las relaciones de trabajo como el elemento que define al concepto de Estado Social de Derecho. Es un enfoque que se hace desde un Derecho de los derechos humanos en clave laboral. El Derecho del Trabajo, sin mengua de su autonomía integra el campo de los Derechos Humanos.

Por el camino del análisis de los despidos discriminatorios se (re) descubre que la estabilidad en el empleo no se agota en el derecho existencial de procurar la seguridad económica del salario alimentario y vital. Y resurge, con fuerza y con nuevos fundamentos la posición que cuestiona la eficacia extintiva de

Trabajo y Derechos

todos los despidos ilícitos o arbitrarios, que vulnera el derecho fundamental al trabajo y agrede a la dignidad humana.

La dignidad humana es reconocida en toda su dimensión laboral, cuando el trabajador sufre su avasallamiento, no sólo por el despojo a su derecho fundamental “al” trabajo sino de otros específicos derechos humanos del trabajo, así como los denominados “inespecíficos laboralizados”.

Es una extendida visión, compartida desde distintas concepciones filosóficas, de vertiente humanista y social ¹. Su rasgo más relevante es que esa visión y sólida tutela sobre los derechos fundamentales forma parte de instrumentos norma-

1 BECHETTI, C. G., “La nulidad del despido incausado como sanción impuesta por el derecho internacional de los Derechos Humanos”, trabajo de investigación en la especialización-Curso de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha.

LÓPEZ, Justo, “Despido arbitrario y Estabilidad”, Legislación del Trabajo, t. XXI, 288. Y LÓPEZ, Justo, “¿Es

inconstitucional el Derecho a la estabilidad?”, Legislación del Trabajo, t. XVII, 385.

MEIK, Moisés, “Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad”, Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete, año 2003.

BAYLOS GRAU, Antonio-PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, ed. Trotta, Madrid, 2009, pág. 52.

BAYLOS GRAU, Antonio, “Por una (re) politización de la figura del despido”, Revista de Derecho Social N° 12; octubre/diciembre-2000, Editorial Bomarzo, Albacete, España, pág. 14.

ZAS, Oscar, “El Despido discriminatorio”, en *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo*, ed. Bomarzo Latinoamérica, 2006.

CAÑAL, Diana, “Según Pasan las Cortes (El futuro de DE LUCA)”; DT-2006-B-998.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Derecho del Trabajo*, Librería Editora Platense, 1998.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, “Sentido del despido arbitrario”, el Dial, DC9B5.

ZAS, Oscar-GIANIBELLI, Guillermo, *Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infra constitucionales*, Ed. Bomarzo Latinoamérica.

BARRERA NICHOLSON, A., “Tres casos de despidos nulos: en fraude a la ley, discriminatorio e incausado”.

tivos internacionales que integran nuestro actual bloque de constitucionalidad. Su aplicación operativa y directa ha sido reconocida en reiterados pronunciamientos judiciales ².

Sostiene R. GIALDINO que la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del Pidesc, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa la Observación General 18 (Art. 48), así como los Arts. 10 del Convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador. Agrega que junto al “control de constitucionalidad” asienta su plaza el “control de convencionalidad”, vale decir, el control relativo a la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los Tratados internacionales, advirtiendo que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado doctrina sobre el punto en oportunidad de tomar intervención en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (26-9-2006) donde enfáticamente afirmara que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Concluye: que “el poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana” ³.

2 CNAT: “Rodrigo H. c/Jumbo s/acción de amparo” -agosto de 2008-.

3 La influencia de este jurista en la doctrina y jurisprudencia actual más progresista es manifiesta, especialmente respecto a la autoaplicación de las fuentes internacionales sobre derechos humanos en clave laboral, como parte integrante del actual bloque constitucional y en cuanto normas inherentes al *Ius Cogens*. Dos de sus importantes aportes son: “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, GIALDINO, Rolando E. Publicado en La Ley del 10/06/2008.

Asimismo, “El derecho al trabajo en la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Revista de Derecho

Trabajo y Derechos

En esta amplia temática, el laboralismo argentino viene coincidiendo con otras trascendentes expresiones jurídicas latinoamericanas. Lo más destacable es, en ese sentido, el enfoque del Tribunal Constitucional de Perú. El mismo, ha considerado, no sólo la compatibilidad constitucional de un sistema de ineficacia del despido injustificado con derecho a reincorporación efectiva (estabilidad real o verdadera) sino también que ha avanzado en descalificar constitucionalmente una normativa infra constitucional que trate al despido arbitrario como un hecho extintivo irreversible. Se descalifica de tal modo a un modelo que frente a ese hecho extremo e ilícito, negare el derecho a su revisión, al reclamo de nulidad y reinstalación del trabajador afectado. Ese Tribunal ha reiterado tal tipo de pronunciamiento. La importancia del mismo para el Derecho Laboral argentino deviene de la circunstancia de que la normativa argentina, constitucional (Art. 14 bis CN) y la infra constitucional (Art. 245 LCT) es similar en su contenido a las de ese país. Por lo que el enfoque crítico que merece ese tratamiento infra constitucional es común.

Como es sabido, esa cláusula de la LCT limita la tutela frente al despido sin justa causa con una reparación resarcitoria tarifada pero no habilita su revisión extintiva.

En esa célebre sentencia de ese Tribunal ⁴ del país hermano, se enfoca críticamente la problemática del despido in-

Laboral y Seguridad Social, 23 (diciembre 2006), LexisNexis. Similar influencia ejercen respecto de la recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos los juristas uruguayos BARBAGELATA y ERMIDA URIARTE. En la doctrina jurisprudencial laboral más elaborada que se ha pronunciado por la nulidad de los despidos discriminatorios, los juristas mencionados en esta nota son citados reiteradamente en su fundamentación, como acontece en los votos del Camarista Zas.

4 Fallo del Tribunal Constitucional peruano dictado el día 11 de julio de 2002, en una causa iniciada mediante la acción de amparo interpuesta por los sindicatos contra las empresas con el objeto de que se abstuvieren de amenazar y vulnerar derechos constitucionales de los trabajadores. en virtud de la aplicación de un plan de despido masivo, que se concretó

causado desde el bloque constitucional y el aporte de fuentes internacionales vinculantes, idénticas a las incorporadas por Argentina. En esa oportunidad, el Tribunal peruano se expidió señalando que desde el punto de vista de la Constitución, no puede haber despido incausado sólo indemnizado, por cuanto no se puede legitimar la falta de causalidad. Se destaca el carácter decisivo que reviste la existencia de un derecho “al” trabajo, contemplado en sus diversas proyecciones en los Tratados internacionales. Se señala, asimismo, que el acto desnudo de causalidad legitimante es lesivo de derechos fundamentales de la Constitución. Entre ellos: “al” trabajo y a la libertad de sindicación. Se sostuvo que si bien la empleadora dispone de potestades empresariales de dirección y organización y constituye, además, un sujeto de propiedad privada, aquellas atribuciones deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un estatus particular de preeminencia ante el cual el Derecho, y en particular, el Derecho Constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador. No puede devenir en una forma de ejercicio irrazonable. La Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador. Se afirma que es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento, incluido al concluir el vínculo laboral. El derecho al trabajo, como derecho fundamental tiene un contenido esencial que

finalmente antes de pronunciarse el trascendente fallo. La trascendencia de las sentencias del Máximo Tribunal peruano que nulifican despidos incausados ha sido destacada por iuslaboralistas latinoamericanos como RENDÓN VÁZQUEZ y SANGUINETI RAYMOND.

Trabajo y Derechos

implica dos aspectos: “el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa”. Y se admite el derecho del trabajador, injustamente despojado de su empleo, a la reinstalación. Éste es el criterio que ha arraigado también en la presente década en un amplio espectro de la doctrina científica con repercusiones jurisprudenciales. Se aproxima a un cambio de paradigma.

Se ha extendido considerablemente en la doctrina científica y jurisprudencial argentina la convicción de que es imprescindible un régimen de estabilidad efectiva y que el Derecho del Trabajo así lo debe encarar, tanto en períodos normales como y -con mayor razón- de crisis, fenómeno éste que vuelve a instalarse con dimensiones “globalizadas”.

Es el punto de un nuevo encuentro entre el Derecho y la política social que se conecta estrechamente a una concepción de reconocimiento efectivo de la ciudadanía del trabajador en la empresa.

Esa convergencia no estuvo nunca ausente. Lo novedoso es que, ahora, desde la perspectiva del trabajador como sujeto de preferente tutela, se hace presente puntualmente como re politización de la figura del despido, en la expresión de BAYLOS GRAU. En tales términos, entendemos que el operador jurídico que ha de investigar en el Derecho Comparado contemporáneo cuán progresista o regresivo es un sistema normativo laboral, debiera hacer tal abordaje escrutando como núcleo al régimen de estabilidad en el empleo de cada Estado, así como su coherente aplicación o cumplimiento en los hechos ⁵. Se está tomando cabal conciencia de la centralidad de esa temática, su creciente y progresivo tratamiento por los sujetos colecti-

5 En ese test, el legislador de nuestra LCT y los poderes Legislativo y Ejecutivo que lo mantienen, como si fuese una tradición o un sello de identidad inmodificable, quedan expuestos por igual a nuestro juicio crítico, que abarca tanto a oficialismo como a las oposiciones con mayor expectativa de alternancia. Sin embargo, abrigamos la esperanza de un cambio de rumbo en la misma línea que se viene firmemente transitando en materia de otros derechos humanos o fundamentales.

vos sindicales, abogados laboristas y académicos. Se asiste finalmente a su proyección en la esfera judicial del trabajo, desencadenando una continua y rica producción progresista en la doctrina jurisprudencial, en múltiples espacios del territorio nacional. Fermento que se expande a diversos países de la región latinoamericana.

La construcción científica es rica y profunda en el desarrollo de los distintos aspectos de la temática y lo que no es menos interesante, se observa una renovación de publicistas jóvenes, volcados a ese análisis, desde una inequívoca postura de compromiso en la defensa de los trabajadores. Esto último es uno de los rasgos esperanzados más destacables, tras un largo debate de la problemática en el último medio siglo ⁶. La multipli-

6 En 1974, se sancionó la LCT. Durante el debate que le precedió un conjunto de abogados laboristas discrepamos con el texto finalmente sancionado, respecto del enfoque sobre el despido sin justa causa.

Elaboramos un anteproyecto alternativo. Los autores pertenecíamos a la Asociación de Abogados Laboristas (AAL) propusimos la necesidad de otorgar la reinstalación como opción para el trabajador que fuera despedido sin justa causa, Nuestra ponencia colectiva fue presentada al celebrarse el Congreso Internacional de Derecho del Trabajo por la AADT en 1974. La ponencia planteaba “Estabilidad plena del trabajador en su empleo frente al despido arbitrario”. Se sostenía entonces, que: “en la actualidad, el tema prioritario lo constituye, sin duda alguna, la estabilidad real de los empleados y trabajadores en sus fuentes de trabajo y de recursos.... La llamada estabilidad impropia no constituye una protección real y plena a la estabilidad del empleado, desde que de producirse un despido inmotivado o arbitrario se establecen sanciones de tipo económico indemnizatorio, pero no evita la pérdida de la fuente de trabajo y de recursos del trabajador... La lucha por la estabilidad de los trabajadores no puede detenerse en el estado en que se encuentra: el problema debe ser superado con la total protección contra el despido arbitrario, asegurando la permanencia en su trabajo durante toda su vida laboral, si él así lo desea”. Y remitiéndose a un reciente congreso de la AAL en la Pcia. de Córdoba, se agregaba que se había pronunciado en el mismo sentido. La AAL se pronunció destacando que lo esencial de un régimen de estabilidad es que no se permita el despido sin causa y que una vez producido se lo declare nulo en sede judicial, si no reúne los requisitos formales y sustanciales necesarios, con el efecto de restablecer la vigencia del contrato de trabajo y el pago de los salarios que

Trabajo y Derechos

cación productiva del saber compartido ha hecho posible esta ventaja comparativa para la expansiva corriente progresista del Derecho del Trabajo argentino ⁷. Se asiste a un re-creativo enfoque jurídico, que implica una profunda reformulación interpretativa de la figura del despido, una sólida construcción del Derecho Social que se encamina a desplazar paradigmas anacrónicos y resistentes, que han sido instalados por una prolongada colonización cultural y jurídica, emergente de las estructuras de poder dominante y su propagación mediática. En la educación universitaria de posgrado y de grado se evidencia un creciente interés en esa problemática de la estabilidad real en el empleo como factor de democratización en los lugares de trabajo.

Como sucedió históricamente en otros planos de reconocimiento universal de los derechos humanos, no es por casualidad que se asista en esta última década a este proceso de activa rehabilitación de los mismos en clave laboral por la justicia del trabajo. Esto sucede en nuestra temática después de décadas de su perversa e implacable negación y distorsiones por nefastas conducciones institucionales dictatoriales, que no han sido debidamente rectificadas por los posteriores gobiernos de origen democrático. Éstos, por debilidad o por ser portadores, en aspectos decisivos, de esas mismas ideologías

debieron cobrarse desde ese hecho ilícito. Será el trabajador el que tenga la opción entre su readmisión o la percepción de indemnizaciones. (Modelo del Estatuto de los Trabajadores de Italia- 1970). En la redacción de ese documento acompañé, entre otros, a: Eyra, Sverdlick, Basualdo, Birgin M., García Martínez R., Trímboli, Orsetti, López G., Tissebaum, Guthman, Curiel, Berasain, Bugni de Basualdo, Goldzier (Ponencia publicada en el Libro de Ponencias de la AADT Tomo I Págs. 159 a 164). Para que “el olvido no vaya más rápido que la historia” recientemente la AAL invocaba lo que fue una de sus principales reivindicaciones desde su nacimiento, hace más de 50 años.

7 Se asiste a una rica producción investigativa en el plano académico, en las que se destacan, entre otros, los trabajos más recientes de ORSINI, BECHETTI, PUENTE, SERRANO ALOU y P. LOZANO sobre la temática de la nulidad de despidos ilícitos.

economicistas, mantuvieron y profundizaron medidas más propias de dogmas neo liberales ⁸. Es el caso de la reforma regresiva de la LCT de 1976, que salvo algunas cláusulas, permanece inalterable.

Es obvio que la cuestión de la real estabilidad en el empleo, no es novedosa; sí lo es su recuperación, nada tranquila, generándose, aunque demorado, un profundo y expansivo debate, con una pluralidad de inferencias y efectos. Ese rescate, ha sido procesado progresivamente en el seno de la doctrina científica y jurisprudencial, a partir del año 2001, un momento clave y de inflexión en las luchas sociales de los trabajadores. El debate abarca un nuevo y fecundo tratamiento de la tutela del derecho “al” trabajo, y su proyección frente a despidos resueltos como represalia violenta por el poder privado, lesionando gravemente derechos fundamentales, libertades públicas y puntualmente frente al despido discriminatorio.

Desde ese abordaje se perfiló, después, una vuelta a la clave y a la raíz de la cuestión, como lo es el derecho a la estabilidad verdadera o real, como efectiva y adecuada protección del derecho fundamental al trabajo proyectado como tutela efectiva contra el despido injustificado. El cuestionamiento comienza a centrarse en la normativa infraconstitucional regulada en la LCT, un modelo que en realidad es anterior a la misma (ley 11.729 de 1934) y que mantuvo esa ley, que ciñe la consecuencia del despido arbitrario o incausado a su mera monetización. Si para 1934 constituyó un avance, su mantenimiento por la LCT en 1974 y hasta el presente es indefendible.

El expansivo pensamiento crítico cuestiona esa solución legislativa por considerarla incompatible con el derecho al trabajo y porque vacía de contenido al derecho constitucional que

⁸ Así, se fue arrasando con derechos y conquistas alcanzadas y aun criminalizando, mediante la represión más violenta, las justificadas resistencias y protestas de los trabajadores.

Trabajo y Derechos

manda asegurar protección contra el referido ilícito, consignado como “despido arbitrario”⁹.

Como punto de partida, se acepta ya, por la mayoría de la doctrina, que el despido arbitrario es un hecho ilícito, contrario al derecho, en sí mismo, atendiendo así a la comprensión cabal del mencionado derecho fundamental al trabajo. Admitiendo con ese alcance la expresión del Art. 14 bis de la CN.

Desde la perspectiva del trabajador como sujeto de la relación de trabajo, que por su vulnerabilidad merece preferente tutela, se trata de enfocar la terminación de esa relación para imponer vallas jurídicas efectivas que cercenen progresivamente el desvío como poder despótico de los empleadores, con remedios normativos existentes en las fuentes internacionales -incluso de *ius cogens*- y de Derecho interno, dotadas en concreto de la necesaria fuerza o energía vinculantes para todos los poderes del Estado y en las relaciones horizontales entre sujetos privados.

9 En razón de la tendencia doctrinaria expansiva que considera la posibilidad de que se reconozca una protección efectiva contra el despido arbitrario, que conduzca a declaración judicial de nulidad del acto extintivo, con readmisión efectiva del trabajador, comienza a desarrollarse una litigiosidad con tal objetivo por parte de prestigiosos abogados laboristas. J. C. LOMBARDI, señala cuales serían los aspectos considerar en ese tipo de reclamo, puntualizando entre otras las siguientes pautas generales: Se reclama la declaración de nulidad del despido sin justa causa y la inconstitucionalidad del Art. 245 LCT y normas anexas de la que pueda derivarse como interpretación válida la existencia de “facultad o derecho a despedir sin causa”. Se peticiona que se condene a regularizar el contrato de trabajo. Se hace constar que el trabajador permanece a disposición de su empleador y por ello se solicita se lo condene a otorgar trabajo efectivo. Se reclama el pago de los salarios sucesivamente devengados y a devengarse. Y se requiere que se fije astreintes para el supuesto de incumplimiento de la sentencia.

Con carácter subsidiario, para el supuesto de rechazarse el derecho a ser reincorporado y la pretensión de declaración de nulidad del despido, se demanda subsidiariamente por las indemnizaciones dispuestas en la LCT, para el despido intempestivo y arbitrario ley 25.323, ley 24.013.

Asimismo, en virtud de la jerarquía normativa constitucional o supra legal de esas fuentes internacionales se cuestiona a las disposiciones infraconstitucionales vigentes, que establecen criterios en pugna o de inferior tutela.

Se hace especial referencia, entre esas fuentes internacionales al Pidesc, la Observación General Nro. 18, el Convenio de la OIT 158 y al Protocolo de San Salvador. En tal sentido, GIALDINO expresa que “la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del Pidesc, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa la OG 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Art. 48), así como los Arts. 10 Convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador. Advierte, asimismo, que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado doctrina sobre el punto en oportunidad de tomar intervención en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (26-9-2006), donde enfáticamente afirmara que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, concluyendo que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana”, criterio ratificado por la CSJN en autos “Mazzeo, J. L. y otros” de fecha 13/07/2007 ¹⁰.

Valorada, primero, la estabilidad desde su dimensión como seguridad material del trabajador, seguidamente se la ha redescubierto como un principio central y una cantera que hace posible otras soluciones para el ordenamiento de las relacio-

10 Acerca de la autoaplicación de las fuentes internacionales como normas más favorables son igualmente insoslayables los aportes de Miguel F. CANESSA MONTEJO y Hugo BARRETTO GHIONE.

Trabajo y Derechos

nes de trabajo, individuales y colectivas y su estrecha conexión de retroalimentación con otros derechos fundamentales.

La relación jurídica laboral institucionaliza la subordinación fáctica sobre el antagonista vulnerable.

Lo hace a través de un acentuado poder de organización y dirección, con desmedidas manifestaciones del poder disciplinario, de control, y vigilancia, así como habilitando una reformulación unilateral a favor del empleador de ciertas condiciones de trabajo. En esa relación asimétrica de poderes es de suponer que los restantes derechos laborales pueden quedar neutralizado si a los poderes empresariales no se los limita severamente mediante restricciones que vede la extinción arbitraria del contrato de trabajo y con mayor razón cuando se consuma como acto de represalia empresarial ¹¹.

Es parte de un proceso necesario de avance del constitucionalismo social que brinda respuestas factibles de desmercantilización y democratización, procurando puntualmente superar la deficiente protección de la LCT en este tramo tan sensible como lo es la terminación de la relación de trabajo. Es un esfuerzo conceptual recreativo porque recoge, procesa y adapta contextualmente los aportes contemporáneos en el plano universal. Es recreativo, porque inspirado en la progresividad e irregresividad de los derechos, avanza reformulando intensamente el contenido transaccional y ambivalente de nuestra disciplina. Se tiende a mover el punto de inflexión de esa transacción.

Para ello, se debe superar el sistema general vigente de la LCT, de validez extintiva del despido ilícito y sustituirlo por el de su ineficacia, a través de un control *ex post*, con amplias garantías de procedimiento, que permita al trabajador ejercer exclusivamente la opción de revisión y reclamar la nulidad con la plena restitución de la situación al estado anterior del extremo ilícito sufrido (Art. 953 y 1083 del CCivil). Lo que

11 MEIK-ZAS, *La precarización del empleo en la Argentina*, Centro Editor de América Latina- OIT CIATClasco-1990.

puede plantear el ciudadano fuera del ámbito laboral no puede serle negado al ciudadano en dicho ámbito, superando lo que no deja de ser un tratamiento discriminatorio por parte del legislador laboral.

Ello, sin perjuicio de postular un avance progresivo a un sistema de control *ex ante*, con amplias garantías para prevenir el despido injusto, adoptando algunas de las variantes del tercer sistema de tutela existente en el Derecho Comparado, que es el llamado de propuesta del despido, con intensa participación del trabajador y su representación colectiva sindical. La negociación colectiva puede ser la herramienta de este último esquema de avance progresivo ¹². La decisión extintiva unilateral le estaría vedada al empleador, quien sólo puede plantear ante un órgano independiente una propuesta de despido, ante el cual deberá acreditar previamente la justa causa ¹³. La legislación venezolana estaría orientándose hacia este tipo de control del despido.

Enfatizamos la importancia de la estabilidad real y su incidencia fundamental en el ejercicio de otros derechos por parte de los trabajadores, especialmente lo atinente a la libertad sindical. Asimismo, desde el Observatorio Jurídico de la CTA colaboramos en la elaboración de un proyecto de ley, presentado en la Cámara de Diputados por la diputada y sindicalista M. Maffei y otros legisladores, como Lozano, A. González, Piccinini y Macalouse. En ese proyecto, no sólo se desarrollan los conceptos que venimos destacando, sino que se postula una regulación específica de supuestos de nulidad del despi-

12 Una variante de este tercer sistema, está receptada en los art. 48 a 52 de la ley 23.551, de asociaciones sindicales, al requerirse el trámite previo de exclusión de la tutela sindical para habilitar recién el despido.

13 El reemplazo del modelo general existente en la LCT por uno más tuitivo de control ulterior, que conduzca a la nulidad con readmisión frente al despido *ad nutum*, lo sostuvimos desde el Observatorio Jurídico de la CTA en un documento colectivo titulado “Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un derecho social en democracia” (Revista Derecho del Trabajo, Tº 2005).

do, comenzando por el discriminatorio y lesivo de otros derechos fundamentales. Asimismo, se sustenta la ratificación del Convenio 158 de la OIT sobre terminación del contrato, cuyos artículos 4 y 10 son fundamentales. Esas cláusulas exigen la justa causa de despido y se recomienda como la reparación más adecuada frente al despido incausado la nulidad y readmisión del trabajador. Y en su Art. 5 se referencia supuestos más graves aun de despidos represalias por el ejercicio de derechos inherentes a la autotutela individual o colectiva de los trabajadores.

Con respecto al citado convenio de la OIT y sin perjuicio de postular su inmediata ratificación por el Estado argentino, compartimos la interpretación desarrollada por el magistrado R. Pompa, quien sostuvo que, aun sin ratificación expresa, el mismo es vinculante, por remisión a los principios de la OIT- recogidos en ese Convenio- y por remisión de otras jerarquizadas fuentes internacionales ratificadas por nuestro país ¹⁴.

2. Contratación estable: pilar del derecho al trabajo

Un primer punto histórico de inflexión en esa maduración del derecho a un trabajo continuo y estable, lo ha sido en el siglo anterior, la preferencia por el contrato indefinido, con exigencia de causalidad objetiva para admitir excepciones, en el caso de los contratos eventuales y a plazo fijo, que si bien son residuales, abarcan supuestos muy relevantes, con estricto criterio de razonabilidad.

Esa razonabilidad exige que: a necesidades regulares y permanentes de la actividad productiva empresarial sólo se admite, con sentido protectorio (Art. 14 bis CN) la configuración de un contrato por tiempo indeterminado o indefinido, con expectativa de perdurabilidad (Arts. 90, 91, 95 y 10 de la LCT).

¹⁴ Sentencia del Dr. Pompa -2007- en la causa “Juares c/Frigorifico Máximo Paz SA”, Juzgado de Trabajo N° 38.

Quedaba de tal modo implantado uno de los dos sólidos pilares del derecho a la estabilidad en el empleo, que está referido al momento de entrada al desarrollo contractual y que condiciona, desde el inicio, su devenir normal y su terminación lícita sólo por causales taxativas y restrictivas.

Nuestro modelo nacional, al igual que otros latinoamericanos, por lo menos en el ordenamiento normativo -no así en los hechos que patentiza una compleja realidad casi esquizofrénica- impuso, con adaptaciones, la visión progresista de Estados europeos del siglo XX. Lo hizo legislando la continuidad del vínculo, fijando esa respuesta regulatoria como un derecho existencial irrenunciable de quienes trabajan dependientemente, para atender a su subsistencia material y familiar, mediante la garantía del mantenimiento del puesto de trabajo. Se hizo así atendiendo a esas necesidades vitales -que nunca se detienen-. A través de la permanencia del contrato de cambio el trabajador puede obtener ingresos regulares, producto de la enajenación de la fuerza de trabajo a favor del apropiador de la misma, obligado éste a brindar ocupación efectiva (Art. 78 LCT).

Se tutela al contratante desvalido en términos de poder negocial, que se inserta en la relación desde su relativa libertad, severamente condicionada por la necesidad. En esa relación resigna tiempo de vida y de libertad. Se lo protege de modo que tenga expectativa de perdurabilidad y para que así “situado”, en un marco de asimetría de poder, no se resigne a aceptar bajo la cosmética de la autonomía de la voluntad, condiciones de mayor precarización del vínculo, bajo la amenaza explícita o implícita de privación de “su” empleo.

Históricamente fue la acción colectiva, impulsando el intervencionismo legal compensatorio, la que logró imponer ese cambio de paradigma. También, se fue consagrando formas superadoras de la continuidad y permanencia, en el ámbito de la autonomía colectiva en diversos convenios de actividad o de empresa. Por ejemplo, circunscribiendo con precisión los supuestos taxativos de excepción al principio general antes señalado.

Trabajo y Derechos

Se relacionó el carácter alimentario de la remuneración con el derecho a la permanencia y ambos en conexión con el derecho superior a una vida digna. Se dio cabida a la “seguridad jurídica” del trabajador, un principio del Derecho, reivindicado a lo largo de la historia por cada estamento social, pero que le era negado o retaceado al asalariado, el que más lo necesitaba como seguridad existencial.

En la construcción del Derecho de la burguesía, la seguridad jurídica en las transacciones privadas se perfiló como el reconocimiento de la preservación del negocio en esas relaciones horizontales. En términos capitalistas el asalariado, reclamando después el derecho a la permanencia y continuidad en el empleo, reivindicó también la seguridad jurídica de “su” negocio laboral.

El asalariado, sujeto desatendido en el primer contrato social de la historia, pidió ser incluido y sentarse en esa mesa conflictiva, impulsando un nuevo contrato social. Allí jugó conflictivamente sus cartas, invocando para sí, esa misma exigencia de seguridad jurídica que se expresa como derecho a la eficaz tutela de la estabilidad en el trabajo. Se siguió, pues, una estrategia similar a la empleada en otros numerosos casos de lúcida adaptación de conceptos jurídicos provenientes del Derecho Civil y Mercantil al Derecho Laboral, para reconocer y ampliar derechos a la persona en su condición de dependiente.

La transacción y la ambivalencia que dio origen al contrato de duración indeterminada consistió por un lado, en garantizar la mayor extensión posible de la relación de trabajo en el tiempo pero se concedía, por el otro, ventajas no menores al empleador.

Con esto último, aludimos a esa especie de “válvulas” para apuntalar la permanencia. Aun previstas con ese objetivo preventivo, resultan ser preponderantemente desproporcionadas concesiones al empleador, como la modificación unilateral de las condiciones no sustanciales de trabajo, la novación modificativa, la suspensión por razones disciplinarias y aun económicas, siendo esto uno de los aspectos más criticables. Se asoció, paradójicamente sólo en la etapa de “penurias”, al tra-

bajador con el apropiador regular de su fuerza laboral y de sus resultados. Como si existiese entre ambos antagonistas un solidario y permanente “nosotros”, sin intereses divergentes ni antagónicos.

La suspensión por razones económicas, impone en detrimento del trabajador una inadmisibles y desmesurada socialización del riesgo empresario, aunque se adopte como “válvula” para evitar el mal mayor del despido. Ese conjunto de medidas que definen la transacción y ambivalencia de la disciplina laboral, fue admitido como el precio de la continuidad del vínculo.

Constituyen concesiones exorbitantes en perjuicio del trabajador, especialmente las señaladas suspensiones por razones económicas y las disciplinarias. Igualmente en lo atinente al llamado *ius variandi*¹⁵. Por eso, cada vez más son los abogados laboristas que sostienen que las referidas condiciones debieran ser removidas y exoneradas definitivamente del plexo jurídico, como poderes unilaterales del empleador, impropias de un actual y democrático sistema normativo¹⁶. Su supervivencia confirma, como lo ha demostrado ELFFMAN, que tras el velo de la distribución de derechos y deberes de las partes -Arts. 62 a 79 de la LCT- se consagra una notoria distribución asimétrica de poderes favorables al empleador, que se consolida y amplía extremadamente con la regulación del despido injustificado como acto ilícito pero de eficacia extintiva irreversible (Art. 245 LCT). Siendo esto último la defección más importante en esa ley de 1974 -RCT-, moderadamente

15 MEIK- ZAS, *La precarización del empleo en la Argentina*, Centro Editor de América Latina-OIT- CIATClasco, 1990. En la misma línea lo expone el maestro uruguayo SARTHOU, en “Propuesta para una impugnación del *ius variandi* patronal”, *Trabajo, Derecho y Sociedad*, Tomo 2, Edición Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

16 Como sostuvieron en fundadas publicaciones SARTHOU, GATTI, entre otros.

progresista en gran parte de sus otros contenidos, hasta que en 1976 se profundizó ese desequilibrio a favor del empleador.

El pilar de la estabilidad, consistente en la configuración del contrato por tiempo indeterminado, aun con aquellas contraprestaciones y concesiones, nunca conformó al sector empresarial, resistente a admitir esa limitación de contrapoder.

3. El ataque flexibilizador a la estabilidad

Y cuando por la modificación en las relaciones de fuerzas, se impuso en nuestro país el neoliberalismo, desactivando derechos fundamentales en materia laboral, lo primero que se atacó, con políticas precarizadoras, es esa exigencia de causalidad objetiva en la duración del contrato, con la máscara seductora de “Flexibilidad” laboral. La flexibilidad, como desregulación de la tutela, desactivó esa conquista, impuesta desde el Derecho del Trabajo clásico. Que, reiteramos, consistió en garantizar una correspondencia objetiva entre la naturaleza de las tareas a desarrollar por el asalariado que se contrata y la duración de la relación, impidiendo que ese aspecto quedase delegado a la “autonomía” de la voluntad de las partes, porque tal delegación lo sería, en la realidad, sólo a favor de uno de los contratantes, como poder soberano, sometiendo al aspirante a un empleo inestable. Contra ese pilar embistieron los “flexibilizadores” restableciendo reglas de juego más propias del siglo XIX.

La flexibilidad laboral fue una impostación meta jurídica impulsada inequívocamente como reivindicación de los centros de poder económico para someter con rigidez al antagonista de la relación. “Flexible” fue un eufemismo porque lo era sólo para el poder dominante, implicando implacable rigidez para el que debía sufrir la precarización no deseada.

Y aun cuando esa imposición flexibilizadora transitó, haciendo escala, por la vía de la negociación colectiva, con leves correcciones o débiles contrapesos, en lo sustancial significó desmedidos actos de disponibilidad colectiva de derechos irrenunciables e indisponibles. Se negoció colectivamente a la

baja. Fue una declinación colectiva patética porque homologaba y aplicaba la desregulación impuesta por el empresario¹⁷. La estrategia de la disponibilidad colectiva fue una estrategia de simulacro de consenso y de participación del sujeto colectivo. Se desnaturalizó el sentido de esa fuente de regulación, ya que en lugar de ser convocada para la progresividad de los derechos se la comprometió en la complicidad del arrebatado de conquistas y derechos adquiridos.

Se llegó a la desmesura de imponer -como colonización material y cultural- la precarización de derecho a través de diversas estrategias de contratación temporal u otras fórmulas de contratación atípica, todo ello con el insincero argumento de que eran alternativas para revertir el desempleo creciente y que estaban orientadas como mecanismo de política de empleo.

Esa “desmesura” de la contratación temporal se plagiaba de las sucesivas reformas regresivas contemporáneas de España. Allí también produjo severos efectos negativos, como lo destacaron publicistas de jerarquía, como la actual Magistrada del STC Casas Baamonde, quien utilizó esa calificación de “desmesura de la temporalidad”, al analizar críticamente una de esas reformas, la de 1994. Si la imposición de la contratación temporal sin justificación objetiva resultó nociva en España, en Argentina fue más nefasta aun. En aquel país fue una estrategia planificada desde el poder económico para contrarrestar la incidencia de mayor tutela existente en la salida o terminación del contrato. La temporalidad fue el modo de contrarrestar lo regulado en el ET, especialmente a través del despido nulo y aun del improcedente. Esa tutela contra el despido implica, en ambos casos, el derecho del trabajador a accionar judicialmente por la revisión del acto extintivo en sí

17 Ese sindicalismo no ha hecho aún su autocrítica respecto de esa larga actuación declinante. La mayor resistencia a esos embates emergió del sindicalismo alternativo a través de la CTA.

Trabajo y Derechos

mismo ¹⁸. En cambio, entre nosotros, esa desmesura se insertó en un cuadro de situación en que el tratamiento general del despido se ceñía y se sigue ceñiendo como régimen general al despido injustificado meramente indemnizado, con efecto extintivo irreversible ¹⁹.

Todas las variantes de la contratación atípica aplicadas en nuestro contexto a las relaciones laborales, incrementaron la desprotección que ya existía por la otra precarización existente, la fraudulenta de hecho y por un régimen general de regulación del despido que, en rigor, es de in-estabilidad, el que permaneció intacto.

18 Se instaló una “cultura de la temporalidad”, al extremo que ese flagelo normativo duplicó la media europea llegando al 32%, sin que se haya revertido sustancialmente, a pesar de que tal reducción fue uno de los proclamados objetivos iniciales del gobierno de Rodríguez Zapatero. Lejos de ello, a mediados de 2010, ante la crisis y el notable incremento de la desocupación en ese país, se recurre a nuevas medidas de precarización del empleo, afectando a la estabilidad en la salida del contrato. El Congreso de Diputados aprobó una enmienda sobre causas de despido objetivo con 20 días de indemnización, entre las que se incluye la sola previsión de pérdidas o reducción persistente de ingresos del empleador, lo que relativiza la exigencia de que las causales tendrán que justificarse documentalmente ante el juez. Se generaliza la indemnización de 20 días por año trabajado, por la vía de despidos por causas objetivas. Además, la precarización se produce en el desarrollo de la relación, porque siguiendo el ejemplo de Alemania, se promueve que los empresarios en dificultades puedan recurrir, invocando como medidas alternativas al despido, a la reducción salarial o de la jornada laboral, así como el descuelgue de la negociación colectiva. La reforma produjo el elogio del FMI y las críticas del sindicalismo.

19 Como en el resto de Latinoamérica la flexibilidad fue insincera. En nuestro domicilio existencial, se impulsó en la segunda mitad de los 80, por un gobierno radical y ya fue patética, cuando se profundizó en los 90, favoreciendo a los centros de poder económico, a través del régimen gubernamental del peronismo-menemista. La misma fuerza política -“justicialismo”- que había hecho transformaciones sociales importantes tras la Segunda Guerra Mundial, pasó a constituir el instrumento más extremo del liberalismo económico, contando incluso con el consentimiento de cuadros sindicales de esa misma vertiente.

En síntesis: con las políticas flexibilizadoras, nuestro sistema de estabilidad en el empleo terminó conformado débil en sus dos elementos o pilares sustanciales. A la entrada del contrato con la formulación de esos contratos de duración determinada, pese a tratarse de actividades productivas regulares y continuas. Y a la salida del mismo, desde siempre, con un modelo general de despido arbitrario irreversible, regulado en 1934 -ley 11.729- y proseguido en la LCT de 1974 ²⁰.

Y cuando en 1998 se hizo evidente los efectos negativos de esa política de precariedad, por excesiva temporalidad contractual, para la economía como para las propias empresas (que habían aprovechado esas ventajas laborales) se produjo una parcial rectificación estratégica, no inspirada por supuesto en los intereses de los trabajadores. Fue una rectificación engañosa. Quedó comprobado que la precariedad laboral impedía la cualificación profesional, las empresas no invertían suficientemente en esa capacitación de los trabajadores precarizados y todo ello se proyectaba en la pérdida de competitividad en el mercado internacional.

Fue una rectificación que resultó engañosa, porque si bien se desactivó parte de esa precariedad en la entrada al contrato, derogando los contratos “basura” (como se los calificaba desde el sindicalismo alternativo y desde el imaginario colectivo), al mismo tiempo, se redujo -hasta tornar irrisorias- a las indemnizaciones para despidos incausados de trabajadores con escasa antigüedad. Sólo se desplazó el eje de la precarización, porque esa nueva desprotección, en la salida del contrato, impulsaba una intensa rotación, dado que afectaba a la franja mayoritaria de relaciones laborales existentes. Se

20 Desde AAL, como desde un sindicalismo combativo, incluso ideológicamente afín al gobierno democrático, enfrentamos en 1973/4 y en un extendido debate a esa defección legislativa, perdiéndose una oportunidad histórica para avanzar en esta temática central. La lucha desde la AAL por la estabilidad real, incluso frente al despido sin justa causa, tiene la coherencia de medio siglo.

atacó por esta vía al otro elemento clave de la estabilidad, la terminación o salida del contrato.

Como saludable enmienda, en los años recientes, se produjo la eliminación de las indemnizaciones más irrisorias, en esos supuestos de despidos arbitrarios. Fue una medida acertada sólo en ese aspecto. No lo es porque de ese modo se volvió a ratificar el modelo de despido injusto irreversible en cuanto a la validez extintiva.

Recordamos todas esas estrategias y experiencias por considerar que no puede estar ausente en el tratamiento de esta temática un debido ejercicio de la memoria, en el análisis del presente y en cuanto herencia del pasado. Un ejercicio indispensable para no reiterar ni tolerar los mismos o similares errores. Y para resolver la asignatura pendiente en materia de protección real de la estabilidad como tutela contra el despido arbitrario.

La llamada flexibilidad laboral en Europa fue implantada ante un nivel, en general, de mayor tutela, alcanzada hasta entonces. En los países latinoamericanos se impuso sobre un terreno preexistente de mayor precariedad. El análisis contextual resulta insoslayable ²¹.

21 La flexoseguridad que ahora se impulsa en países europeos es una variante más de esa embestida a la ciudadela del trabajo digno y estable. Lamentablemente un gobierno del PSOE en España, una vez más, frente a la crisis, parece doblegarse a las exigencias de un economicismo sectorial, haciendo el socialismo el trabajo “sucio” y funcional a las nuevas manifestaciones de un subsistente neoliberalismo, tirando por la borda las expectativas de avance social promovidas hasta que se produce ese lamentable giro. Cuya verdadera intensidad aún no se ha revelado.

Desde la UE se impulsa ese cauce regresivo al extremo de que se considera aconsejable que se otorgue apoyo público económico a decisiones segregatorias dispuestas por las empresas, permitiendo de tal modo un nuevo desplazamiento del riesgo empresarial. Se reduce la tutela a pesar de que se sabe que la actual crisis en absoluto reconoce como causa los niveles de protección relativa alcanzada por ciertos regímenes nacionales del Derecho del Trabajo. Consecuentemente es inadmisibles no sólo los intentos de culpabilizar, aunque sea parcialmente al Derecho del Trabajo y puntualmente a la tutela efectiva contra el despido, ni del desempleo ni de la pobreza

Y como lo hemos señalado, la precarización contractual no fue la única sino que se acumuló, como en otros países latinoamericanos, a una anterior y extendida flexibilidad de hecho: el trabajo informal, clandestino y fraudulento, que siguió expandiéndose cada vez más y que sigue sin ser suficientemente revertido, llegando a superar holgadamente en el interior del país a más de la mitad de las personas forzosamente sometidas a esa lacra, afectando acentuadamente a determinados colectivos, como los de la producción agraria y la industria de la construcción.

Esas políticas funcionales al solo interés empresarial surtieron sus efectos corrosivos en las relaciones individuales y colectivas. Trajo como consecuencia la ampliación de la brecha social, de los niveles de pobreza e indigencia (aunque a partir del año 2009 ha sido disminuida esta última manifestación más extrema). El señuelo utilizado para imponer formas precarias de contratación fue la promesa insincera de crear empleo, resultando ese declarado objetivo un rotundo fracaso, no sólo porque no se produjo en la cantidad y en la calidad necesaria. Lo que mayormente se ofreció fue trabajo “indecente” (expresión utilizada acertadamente por documentos de OIT) con escasa cualificación, especialmente para jóvenes, mujeres y personas de mayor edad, los contratantes discriminados y forzosamente más vulnerables en cuanto a poder de negociación individual.

Precariedad y mayor siniestralidad laboral fueron efectos sociales junto al debilitamiento del colectivo sindical, incre-

agravada por esta crisis mundial. El 26/7/2010 en El Cronista se destaca la opinión del economista Palma Cane: “El Creciente drama de la desigualdad y la pobreza”. Señala el autor que la (OIT) teme que el incremento del desempleo mundial, que a fines de 2007 ascendía al 6% llegue a fines de 2010 al 10%; lo que equivale a un total de 250 millones de personas. Estrechamente vinculado a ello se suma el creciente drama de la pobreza. Como es conocido se considera “pobre” a la población que vive con menos de dos dólares diarios e ‘indigente’ a la que lo hace con menos de uno. Casi un 40% de la población mundial (6750 millones) está en la franja de la pobreza y un tercio del mismo es ‘indigente’ que viven en condiciones infrahumanas.

mentado todo ello por políticas de fragmentación, descentralización y externalización productiva. Nada casual.

La reforma de la LCT por la dictadura y su profundización en los 90 con las leyes 24.013, 24.465, 24.467, fueron instrumentos de la precarización y formas de ataque a la ciudadela del contrato por tiempo indeterminado, a los que se agregó la implantación del período de prueba (como contrato precario encubierto), la deslaboralización fraudulenta de relaciones de trabajo, una huída del Derecho Laboral a través de un nada discreto retorno a la locación de servicios y el régimen de las pasantías.

Toda una oferta de mano de obra barata y fácilmente exonerable, con escasa o nula compensación. Se utilizó para ello a la norma heterónoma y también a la negociación colectiva. En este último supuesto, se hizo evidente, por lo menos, la debilidad -y en ciertos supuestos algo más enjuiciable aun- de considerables actores sindicales. Además del cuestionamiento social y ético, esos acuerdos colectivos quedaron sujetos al cuestionamiento de inconstitucionalidad, afectando asimismo al principio de irregresividad -piso mínimo de la progresividad- al de imperatividad normativa y a la irrenunciabilidad de derechos, que sostiene la indisponibilidad cualquiera sea la fuente de consagración de los mismos ²².

Analizaremos a continuación el otro pilar del derecho a la estabilidad: la protección contra el despido arbitrario, en la terminación o salida del contrato.

4. Protección contra el despido arbitrario, derecho al trabajo y libertad sindical

El trascendente proceso cultural y jurídico, que se plasmó en el Art. 14 bis de la CN en 1957, recuperó y desarrolló los

22 Por eso, desde 1991 desde la AAL enfrentamos críticamente a esas corrientes desactivadoras y re reguladoras. Una etapa que se extendió en todas la década, que el imaginario colectivo caracterizó como una “nueva década infame” asociándola a la sufrida en los años 30.

principios del constitucionalismo social ²³. El artículo 14 bis impuso para el sector público la estabilidad y dejó establecida la necesidad de “asegurar la protección contra el despido arbitrario” para la actividad privada. Frente a este último párrafo, expresiones autorreferenciales al interés empresarial, siguen sosteniendo que ese despido injustificado es, en cualquier supuesto, una prerrogativa o un derecho fundamental del empleador, como si fuese una lineal consecuencia del principio de rendimiento, de eficacia productiva, de libertad de empresa y del derecho de propiedad empresarial. Es verdad que ya esa postura fundamentalista es reducida.

En su lugar, en una sintonía cercana a esa prédica pro empresarial, otros postulan posiciones, que nos merecen la calificación de “gatopardismo”. Esos nuevos intentos de acotar la protección, se perfilan en recientes expresiones minoritarias de la jurisprudencia sobre despidos discriminatorios. No cuestionan que las fuentes normativas superiores, que integran el bloque de constitucionalidad, como así otras normas federales, son de aplicación a todas las relaciones jurídicas -caso de la ley antidiscriminatoria 23.592- y hasta asumen, en principio, pronunciamientos de nulidad de ese tipo de extinción, reconociendo su mayor gravedad. Sin embargo, seguidamente se desvirtúa esos conceptos.

Se construyen sutiles estrategias de debilitamiento de la intensa tutela antidiscriminatoria. Lo que se debate desde esas expresiones restrictivas de la tutela, son los elementos que hacen a la configuración de ese tipo agravado de despidos violentos, lo atinente a la carga de la prueba de la discriminación, así como a la procedencia del reclamo por daño

²³ Esta corriente que cobró más impulso universal desde la 2ª posguerra, estaba presente en medidas concretas de justicia social del primer peronismo y en la reforma constitucional de 1949 (reforma constitucional arbitrariamente anulada tras el golpe de Estado e implantación de una dictadura de derecha en 1955). Cuando era visible el desgaste de esa dictadura en 1957, la Convención Constituyente implantó una reforma con el actual Art. 14 bis.

moral. Y lo más grave de esos enfoques consiste en la concesión que se hace finalmente al empleador, condenado por el despido discriminatorio, al que en principio se lo declara nulo. Se le concede la posibilidad -como “solución final”- de extinguir el vínculo y compensar en dinero su negativa a la reinstalación del trabajador discriminado. El Mercado recupera de tal modo su dominio en detrimento del Derecho del Trabajo y de su caudal de derechos fundamentales. Ese enorme favor al empleador le es concedido por una reciente orientación minoritaria en la jurisprudencia ²⁴. Un despropósito.

Nos llama la atención que esos criterios restrictivos de la tutela efectiva se hayan manifestado en causas en que se planteaba supuestos de despidos discriminatorios contra trabajadores sin cargos representativos que ejercieron actos y opciones sindicales. Son supuestos de represalia colectiva e individual frente a manifestaciones de la libertad sindical en sus dos dimensiones, las denominadas por la doctrina con la expresión de “libertad positiva y negativa”.

Los despidos represalias o discriminatorios por el ejercicio de la actividad sindical, lejos de ser aislados o esporádicos constituyen en Argentina los ejemplos más numerosos y fre-

24 Es la posición que se expresa minoritariamente en la causa “Olguín” por el voto de Guisado. También cabe citar el voto en minoría de Guibourg en el fallo “Camusso c/Banco Nación”, el voto de Corach con adhesión de Stortini en “Cejas c/Fate”, los votos de Stortini y Corach en “Muñoz Carballo c/Casino” y el voto de Vilela en “Risso c/Fate”. Si bien es una minoría, resulta preocupante como tendencia ya que podría encontrar en el interior del país fuertes expresiones conservadoras que la adopten. Frente a esa minoría prevalece el razonable criterio, sostenido en múltiples causas, por unanimidad de sus miembros o por mayoría de votos, siendo sus exponentes, entre otros: Ferreirós y Zas en “Olguín”, Porta y Maza en “Camusso”, el voto de González en “Risso c/Fate”, el de Fera con adhesión de Balestrini en “Espinosa c/Fate”, el de Fontana con adhesión de Fernández Madrid en “Mansilla c/Fate”.

cuentas de persecuciones laborales, superando a los no menos execrables de discriminación por género ²⁵.

Son evidencias de un autoritarismo empresarial de larga trayectoria y que cobró impulso al abrigo de los repetidos procesos patológicos institucionales que sufrió reiteradamente Argentina durante décadas. Esa lamentable supremacía de despidos discriminatorios antisindicales también debe ser destacada para calibrar la realidad de la conflictividad social subsistente y captar la necesidad de corregir el texto de la ley de asociaciones sindicales - 23.551-. Esa necesidad de reforma se ha hecho visible en observaciones provenientes de la OIT. También en distintas sentencias judiciales ²⁶.

25 Cabe señalar que con respecto a la discriminación y violencia de género, se ha sancionado un régimen general que tutela ampliamente a las mujeres. La 26.485 y su Decreto reglamentario 1011/2010 se refiere a todo tipo de violencia y discriminación, y en cualquier ámbito, incluido el laboral. Específicamente se prevé los actos de discriminación en las relaciones de empleo público o privado y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral. De modo que la tutela de género se complementa con esta ley específica que se inserta en un cuadro normativo sistémico con la ley 23.592 y las fuentes internacionales, posibilitando su aplicación como normativa posterior y más favorable en supuestos de despidos discriminatorios para accionar por la nulidad y la readmisión prevaleciendo sobre las cláusulas de la LCT, que sólo encarece el monto indemnizatorio.

26 Conocidas empresas multinacionales, impiden con furibundas represalias en su ámbito a la acción sindical, especialmente a la que se desarrolla como alternativa y más combativa. Quien se encolumna o afilia a una de esas expresiones sindicales, intenta generar en ese ámbito de conflictividad un sindicalismo con delegados de base, etc., es objeto de acoso en el trabajo o pierde su empleo. Así se consuman en los hechos decisiones de despidos bajo la pantalla de reestructuración empresarial, de imputaciones falsas de hechos disciplinarios o directamente recurriendo, en la expresión del Art. 245 de la LCT, a despidos incausados, pero que en rigor son violentas represalias empresariales frente al ejercicio de derechos inherentes a la libertad sindical. Sin alcanzar en nuestro contexto la desmesura de esas conductas empresariales que son visibles en países

Trabajo y Derechos

Consignaremos someramente en qué consisten esos criterios restrictivos en la aplicación, por parte de una doctrina jurisprudencial minoritaria, respecto de la ley 23.592 y con relación a las conductas discriminatorias por razones de opinión gremial o ejercicio de la libertad sindical, individual o colectiva.

Por un lado, se admite la configuración del despido discriminatorio antisindical o por motivos de opinión gremial. También se admite su aplicación a representantes sindicales de entidades sin personería gremial. Pero se resiste la tutela cuando el despedido es un trabajador que carece de representación entre sus compañeros o cuando no se ha acreditado que su actividad gremial sea relevante, protagónica o de liderazgo. Es el supuesto del trabajador, al que hemos designado meta-

como Honduras, Guatemala, Panamá, Colombia y aun más recientemente en México, esas empresas transnacionales han dado similares muestras de despotismo, nada insustanciales. Lo hicieron en el período de la dictadura, como se ha probado en la Justicia del Trabajo y no han dejado de hacerlo totalmente hasta ahora, aun en un muy distinto contexto que no hace fácil ni tolerable la violación de esos derechos humanos del trabajo. La sociedad y el Estado han decidido la defensa ineludible de los derechos humanos y el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad. Como lo ha expresado el prestigioso Magistrado español B. Garzón Argentina lidera actualmente en el mundo la búsqueda de la verdad y la justicia en esa dimensión. Lamentablemente la discriminación especialmente por motivos de actuación sindical de los trabajadores no ha sido eliminada. El caso "Arecco" resulta emblemático en la reciente jurisprudencia sobre despidos discriminatorios antisindicales, resueltos impecablemente por la CNAT, Sala Vª, acogiendo una brillante construcción del demandante, realizada por la Dra. R. Coronel. Confiamos en su confirmación por la CSN porque con impecables fundamentos jurídicos la CNAT desarrolló en lo sustancial muchos de los conceptos señeros del Máximo Tribunal, sobre todo en lo concerniente a la imperatividad de las fuentes internacionales vinculantes que integran el bloque de constitucionalidad.

Como parte de la resistencia a la acción sindical, debe destacarse que en el 85% de los establecimientos del país no existe representación sindical o cuerpo de delegados de base. La estrategia de la tercerización y la fragmentación de la actividad empresarial apuntala ese deterioro de lo colectivo.

fóricamente como “trabajador de a pie”, represaliado injusta y extremadamente tras una esporádica definición de inserción colectiva o asunción de una conducta de solidaridad en la lucha sindical. Tal es el caso del trabajador que estaba afiliado a una organización sindical, sin actuación sindical personal y de pronto se le presiona desde la empresa para que se desafilie de la misma y/o se afilie a otra. Y que a consecuencia de su negativa a ese tipo de exigencia o presión inaudita es despedido. Se trata de un despido por razones de “opinión gremial”, causal prevista expresamente en el Art. 1 de la ley 23.592, como lo ha reconocido la mayoría de los pronunciamientos en este tipo de conflictividad. Igualmente se ha admitido por una mayoría jurisprudencial la configuración del carácter discriminatorio con la consecuente nulidad del despido cuando la causa reside en la mera participación del trabajador en una huelga legal ²⁷.

Una de las posturas jurisprudenciales restrictivas es de tipo procesal probatorio. Consiste en exigir que el trabajador acredite una determinada importancia, protagonismo o relevancia de su actividad gremial o un cierto grado de representatividad respecto de sus compañeros para considerar configurado el elemento discriminatorio y nulificar el despido en los términos de la ley 23.592. Este criterio es objetable no sólo por carencia de sustento legal, también lo es porque desconoce la complejidad de la acción sindical concreta. Quienes se pronuncian con criterio restrictivo, rechazando la tutela antidiscriminatoria en esos supuestos de represalias antisindicales, terminan consagrando por esa vía discursiva una discriminación de los discriminados. No es admisible que se supedite la aplicación de la ley 23.592 a requisitos que no se desprenden de la ley ni de la cláusula constitucional que la misma reglamenta. Y como señala PÉREZ CRESPO ²⁸, ese tipo de interpretación restric-

27 Así lo ha admitido la Sala VI de la CNAT.

28 El autor realiza un análisis impecable de los precedentes debatidos más recientes de la Justicia Nacional del Trabajo en torno a los despidos discriminatorios por motivos de ejercicio de la actividad sindical tanto de

tiva de la tutela guarda muy escasa relación con la actuación gremial en una realidad -extensa en el tiempo- de autoritarismo extremo en las relaciones laborales. Que explica por qué muchos trabajadores, para accionar gremialmente, suelen recurrir circunstancialmente a estrategias de semiclandestinidad para evitar la represalia del despido inmediato. Los que defienden a esos trabajadores conocen cuan “normal” es esa anormalidad forzada. Se debe sancionar el hecho discriminatorio sin importar si el acto de ejercicio de libertad sindical alcance o no una consecuencia de relevancia.

No menos grave es que se exija, por esas expresiones minoritarias de la jurisprudencia, que el trabajador produzca categórica y acabadamente la prueba de la discriminación, negando o subvalorando la significación procesal de los indicios y presunciones. Así se resiste el criterio de las decisiones mayoritarias referido a las cargas probatorias en materia de discriminación.

No se puede ignorar que la prueba de un acto discriminatorio es dificultosa, diabólica, para la víctima que lo invoca. No conocemos casos de un empleador que confiese en la comunicación rescisoria la autoría de una conducta de ese tipo. La buena fe no es precisamente lo que prevalece en esa conflictividad. Lo frecuente es que se recurra a despedir mencionando, en fraude de ley, otra causa o invocar un despido *ad nutum*, ocultando el verdadero motivo de la represalia discriminatoria.

Sobre esa base de la experiencia y con el necesario conocimiento sociológico del contexto, se comprende que la juris-

activistas sindicales como de los numerosos supuestos de trabajadores sin representación sindical ni actividad gremial relevante, a los que denominamos “trabajadores de a pie” (PÉREZ CRESPO, G. -Rev. La Causa Laboral- junio 2010: “Olguin c/Rutas del Sur”, otro interesante fallo sobre nulidad del despido discriminatorio”. Elogia la decisión especialmente en lo que considera el punto más importante de la misma. En cuanto se diferencia taxativamente de la doctrina minoritaria que erróneamente exige para la tutela que se acredite una actividad sindical relevante. DUARTE es otro de los autores que comparte la crítica a esos criterios restrictivos en análisis.

prudencia prevaleciente expresamente considera aplicable la doctrina de las pruebas dinámicas o bien un sistema de distribución que se aproxima al mismo. En tal sentido, se sostiene que ello no implica invertir la regla que, en materia de cargas probatorias, establece el artículo 377 del CPCCN, sino sólo reconocer especial relevancia a los indicios y, en especial, a la conducta que -en materia procesal- despliegue la empleadora demandada en el proceso (conf. Art. 163, quinto párrafo, CPCCN). Es el camino seguido por la saga de fallos antidiscriminatorios que ha desplegado la corriente mayoritaria en la Justicia Nacional del Trabajo.

Se trata de una doctrina que se nutre asimismo del análisis de la normativa internacional sobre protección de derechos fundamentales, y en especial del pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT respecto del Convenio 111 de 1958 sobre discriminación en el empleo, para concluir que el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. Se alude con esto a un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél, para lo cual no basta un mero alegato sino la debida acreditación de 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.

Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se exige una auténtica carga probatoria de la demandada y no basta un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales. Esa carga probatoria de la accionada debe llevar a la convicción del tribunal de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma

que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. Ésta es una inobjetable y sólida construcción, reiterada en diversos pronunciamientos, recogiendo y ampliando los aportes provenientes de tribunales internacionales de Justicia, así como los criterios de organismos competentes con alcances supranacional, regional o universal. Se alude a la aplicación de fuentes internacionales “en las condiciones de su vigencia” (una expresión siempre presente en los votos del Dr. Zas).

Es de destacar que son frecuentes las decisiones judiciales frente a despidos discriminatorios antisindicales que hacen lugar a medidas cautelares que ordenan la inmediata reinstalación, hasta tanto se resuelva el planteo de fondo. Esa tutela inmediata y oportuna cercena el despotismo como represalia de los empleadores.

Esta doctrina mayoritaria reviste relevancia porque se constata que ese tipo de represalia antisindical constituye el mayor caudal de causas judiciales por discriminación y en la que se pone en juego el ejercicio democrático de la libertad sindical por los trabajadores “de a pie”.

Las decisiones se fundamentan en los Convenios 87 y 98 de OIT y la ley antidiscriminatoria 23.592, que permite equiparar el acto discriminatorio al acto nulo. Asimismo en el Art. 47 de la Ley sindical.

Parte de su desarrollo doctrinario además ya ha sido acogido en los fallos “ATE” y “Rossi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en protección del ejercicio de la libertad sindical ²⁹.

²⁹ En un pronunciamiento de la Sala IV CNAT (Zas y Guisado, 16/7/2010) y previo dictamen del Fiscal Gral. Dr. E. Álvarez, hizo lugar a una medida cautelar reclamada por un trabajador despedido de reinstalación

Frente a esa orientación mayoritaria, un criterio distinto es expresado con sentido y alcance restrictivo en materia procesal, al afirmarse que ningún despido arbitrario debe tenerse por discriminatorio “sin una convicción suficientemente profunda”. La cuestión, omitida en este análisis, es que se puede llegar a esa convicción a través de la adaptación del modelo de cargas probatorias dinámicas, ponderando los indicios y las presunciones presentes en la causa.

Como se observa, la resistencia mostrada por las tesis restrictivas, que resulta ser objetivamente pro empresarial, no es frontal, sino indirecta, con expresiones de aparente moderación.

en su empleo y puesto de trabajo (“Gallardo c/Nueva Chevallier”). Comentando el precedente (“Argenpress Cultural” del 9/8/10) P. Quinteros -perteneciente al Observatorio de CTA- sostuvo que la consolidación en la jurisprudencia de estos pronunciamientos sobre actos discriminatorios, constituye una herramienta valiosísima para los colectivos de trabajadores que han decidido organizarse gremialmente y que cuentan con la tutela de la ley antidiscriminatoria. Especialmente cuando la actividad gremial se realiza riesgosamente en el lugar de trabajo.

El Fiscal General de la CNAT Dr. Álvarez, sostuvo la admisibilidad de privar de efectos una conducta de la empleadora, en los términos del Art. 1 de la ley 23.592 citada, cuando se infiere una clara motivación discriminatoria, y ha afirmado la posibilidad de acceder una reinstalación cautelar cuando existen elementos de denotan una muy intensa verosimilitud en el derecho. Se infiere, en principio, que la respuesta de la empleadora se vincula a la actividad sindical del actor y a su intento de fortalecer una institución colectiva determinada”. Sostenemos que la tutela abarca a cualquier hecho de acción sindical, aunque sea aislado y no protagónico. Y asimismo, consideramos que en tal supuesto, además, los trabajadores están cubiertos por el Art. 47 de la Ley 23.551. Aunque esta última disposición no es aplicada uniformemente por la doctrina jurisprudencial, en supuestos de represalia antisindical contra todo trabajador, como entendemos que debiera serlo. El Tribunal, además de compartir el dictamen del Sr. Fiscal General, concedió la medida cautelar solicitada ordenando la reinstalación del trabajador “teniendo en cuenta la incidencia que podría tener la controversia planteada conforme el indicio de afectación de principios básicos de la libertad sindical y de la protección de dirigentes sindicales que emergen”.

Trabajo y Derechos

Los ejemplos de posiciones restrictivas, que someramente venimos consignando, desnaturalizan a la norma antidiscriminatoria. Se asiste a una escalada regresiva para bloquear su eficacia, de modo que la nulidad con readmisión termine siendo aplicable a un reducido repertorio de casos, que se reduzca a un significado testimonial extraordinario³⁰. Se perfila como una nueva ola “flexibilizadora” regresiva.

Ese criterio restrictivo está en pugna con el orden internacional. La Comisión de Expertos de la OIT en su informe publicado por esa organización en 1994 sobre los convenios 87 sobre libertad sindical y 98 de derecho de sindicación, expresó que una de las principales dificultades que se plantea es la carga impuesta a los trabajadores de probar que el acto discriminatorio fue motivado por razones antisindicales, lo cual puede constituir un obstáculo insalvable para la reparación del perjuicio sufrido.

Se agrega que la legislación y la práctica deberían contener disposiciones encaminadas a remediar esas dificultades. Al referirse al Convenio 111 sobre la discriminación de 1958, dicha Comisión de Expertos sostiene que lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente y difícil de demostrar. La exigencia que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no tiene relación con la demanda, constituye una protección suplementaria para la persona discriminada. Y reviste un positivo efecto disuasivo. Por ello, se considera que 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 beneficiarla.

Estas referencias al orden internacional y de la OIT en especial han sido destacadas por OLIVARI y QUISPE en un exhaustivo aporte. Las autoras reseñan los criterios semejantes en la

30 En eso reside lo que consideramos como estrategia de gatopardismo.

jurisprudencia mayoritaria sobre discriminación al tiempo de resolver la extinción del contrato ³¹.

La jurisprudencia del fuero civil ha resuelto reiteradamente que “cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el *onus probandi* pesa sobre el empleador” (CNCiv, Sala H, 9/4/2000, “Sedoya J. c/Travel Club SA”) ya que es más difícil para el trabajador probar la discriminación que para el principal acreditar la justa causa de despido (CNCiv, Sala H La Ley, 2001-B, 196-101663). En el fuero laboral, con mayor razón, la mayoría de los pronunciamientos se enuncian en igual sentido. No obstante ello, existen pronunciamientos restrictivos que por un lado se alude a esa doctrina, pero no se la aplica en su verdadera dimensión. Por un lado, invoca el sistema de cargas dinámicas probatorias, pero en las consecuencias de su análisis se orienta en un sentido muy distante.

Por ejemplo, al exigir en un supuesto de despido antisindical que el trabajador debe acreditar el

desempeño de función sindical importante o relevante a fin de mantenerlos a salvo de un despido discriminatorio. Bien sostienen OLIVARI y QUISPE que tal exigencia implica, vaciar de contenido al despido discriminatorio, pues en la mayoría de los casos donde ocurren, los empleadores invocan despidos sin causa o “reestructuración empresaria”. Por ello, debe quedar claro a quién corresponde probar: si al trabajador la “causal oculta” del despido o al empleador la inexistente alegada. Concluyen en afirmar que la prueba debe quedar a cargo del empleador, como es criterio predominante en la jurisprudencia sobre discriminación al tiempo de resolver la extinción del contrato ³².

31 En tal sentido “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/ acción de amparo”; “Parra Vera Máxima c/San Timoteo S.A. s/acción de amparo”, CNAT, Sala V.

32 M. OLIVARI y M. QUISPE, “Un cambio de paradigma en materia probatoria”-Rev. Causa laboral- abril 2010.

5. ¿Convalidar un deseo perverso o reponer el derecho humano?

En esa escalada, a que hacemos referencia precedentemente, lo más grave tiene que ver con las consecuencias atribuidas al despido discriminatorio y la aplicación fragmentada de la ley 23.592. Es una postura, expuesta en minoría, por algunos magistrados de la CNAT. Habiéndose probado la configuración del despido discriminatorio y disponiéndose en la sentencia la aplicación de esa regulación (ley 23.592), con la consiguiente nulidad del despido, lo que sigue, en ese enfoque, es una resolución que bloquea severamente los efectos previstos en esa normativa. Se ofrece al empleador constituirse en titular de la opción y sustituir la readmisión por un “precio mejorado” del despojo. Con tal claudicación, se le permite convalidar la privación realizada discriminatoriamente. Una discrecionalidad sin base específica en la ley 23.592 ni en el Art. 47 de la ley 23.551. Se termina inaplicando la normativa antidiscriminatoria, cuyo efecto sustancial es precisamente “hacer cesar el acto”. Es una construcción discursiva marcada por la improvisación, adolece de autocontradicción y resulta en los hechos una reaparición adaptada del criterio de monetización del despido discriminatorio, adoptado por la derogada ley 25.013, que fijaba un irrisorio plus indemnizatorio para los despidos discriminatorios. La diferencia reside en que esta doctrina restrictiva mejora el precio de la extinción, que queda finalmente como opción exclusiva del discriminador. Es funcional al poder fáctico. Parecería una aplicación, en sus efectos -fuera de contexto- del tratamiento dado en el Estatuto de los Trabajadores de España al despido “improcedente”. Se aplica la misma defección del legislador español con respecto a las consecuencias del despido sin acreditación de causa que lo justifique. Obviamente una calificación sustancialmente distinta al tratamiento dado en ese mismo Estatuto al despido nulo por discriminación, por violación de derechos fundamentales y libertades públicas, cuya consecuencia, como es sabido, es la readmisión en sus propios términos, esto es, la reparación plena.

Los criterios minoritarios, que criticamos, toman del despido improcedente español esa delegación final en beneficio del empleador para rehusarse a la readmisión del trabajador. Se le cede al dañante la opción por monetizar al despido. Esa defección, sin embargo, en el modelo español, no abarca al despido discriminatorio, al que se considera insanablemente nulo. La variante, en ese doméstico salvataje patronal, por parte de los criterios minoritarios que analizamos, consiste en fijar, por analogía, una indemnización adicional a la prevista en el Art. 245 de la LCT, como la adoptada en esta misma ley, para los supuestos de despidos por causa de matrimonio o de maternidad (equivalente a un año de remuneraciones). Frente a esa postura, sostenemos una total discrepancia.

Además, consideramos extensible la consecuencia de nulidad por discriminación -ley 23.592- como norma posterior más favorable, para reconocer a la trabajadora (y del trabajador, en su caso) el derecho a optar, en esos supuestos de maternidad y matrimonio. La víctima de esa discriminación podría reclamar la nulidad del despido en lugar de consentir su extinción. Esa extensión en la aplicación de la ley 23.592 es jurídicamente viable a todos los supuestos en que el despido se adopte como represalia discriminatoria ³³.

El enfoque minoritario, eclipsa lo más importante de la ley 23.592, consistente en ordenar el cese del acto discriminatorio. Lo torna ilusorio, porque permite la confirmación del despido discriminatorio.

Es una postura funcional a los grandes centros de poder económico, para los cuales, el encarecimiento del despido lejos está de ser dificultoso. Han de preferir evitar la reparación

³³ Un ejemplo de esa aplicación de la ley 23.592 abarcaría al despido dispuesto contra el trabajador despedido, después de haberle reclamado a su empleador con relación a inexistencia o deficiencias de registración laboral. El Art. 15 de la ley 24.013 contempla como sanción sólo la duplicación de la indemnización por despido pero no habilita la opción por la nulidad. Sostenemos que esto último es también posible por aplicación de la ley 23.592, como norma posterior más favorable.

Trabajo y Derechos

adecuada consistente en la reinstalación del trabajador. Habilitar la monetización de todos esos despidos adoptados como represalia o como hechos discriminatorios significa desprestigiar el principio de progresividad de los derechos y el de aplicación de la norma más favorable.

Para fundamentar esa concesión final de monetización del despido discriminatorio, se sostiene dos despropósitos adicionales. Se afirma erróneamente que desde la CN en las relaciones privadas no existiría más que la configuración de un poder de despido sin causa, como facultad del empleador, sólo indemnizable. Se considera reñida a la nulidad y readmisión efectiva con la cláusula constitucional que manda asegurar protección contra el despido arbitrario. Es decir, se rehabilita el criterio superado que sustentó la CSN, con otra integración, en las causas “De Luca” y “Figueroa”. Entonces se privilegió la libertad de gestión empresarial por sobre la estabilidad del trabajador.

El otro argumento, a que se suele recurrir en esos criterios minoritarios, nos parece aun más insólito. Consiste en “valorar” que no se podría obligar al empleador -responsable del despido discriminatorio- a mantener en su ámbito “a quien no desea”. Esa reflexión, conduce a hacer prevalecer el “perverso deseo” del autor de una conducta tan grave contra la dignidad humana y a subalternar los derechos humanos lesionados (derecho al trabajo y derecho a no sufrir discriminaciones). Es una concepción que no se aleja de un feudalismo industrial. Por sobre la moral y los derechos humanos fundamentales se coloca al “deseo” como prepotencia del poder extintivo, la eficacia productiva y la competitividad empresarial en el mercado. El derecho subjetivo del despedido es contemplado de un modo subalterno, irrelevante para que no interfiera la decisión extintiva del empleador. Ese tipo de enfoque implica un análisis economicista del Derecho, para el cual el sujeto principal aun en las relaciones de trabajo es el propietario de los medios de producción. A su facultad de contratar se le añade la desmesura del pleno reconocimiento de un soberano poder para descontratar en cualquier caso, inclusive en los más

graves supuestos de despidos que lesionan derechos humanos fundamentales.

No es ese análisis económico del Derecho lo que constituye, hasta ahora, el actual enfoque jurídico de la CSN, al momento de analizar, en causas como “Vizzoti”, la problemática del despido. La CSN, en ese relevante fallo, como en otros ulteriores, situó como sujeto de preferente tutela, al trabajador y admitió que el despido incausado es un hecho ilícito, contrario al Derecho.

La doctrina prevaleciente considera al despido discriminatorio en su doble condición de ilicitud, como contrario al mandato constitucional que ordena proteger contra el despido sin causa y por su connotación más grave de naturaleza discriminatoria.

En los supuestos de despidos discriminatorios es más injustificable negar finalmente la garantía de estabilidad reconocida al sujeto trabajador. Esa garantía no puede ser otra que la viabilidad de admitir la opción exclusiva del mismo por la reinstalación en el puesto de trabajo, reparándose “in natura” el daño ocasionado como consecuencia de la ruptura unilateral de la relación, en tales condiciones de doble ilicitud.

Los convenios y recomendaciones de la OIT en materia de libertad sindical y el análisis de control de la OIT constituyen un fundamento jurídico de primer orden para los tribunales que procuran imponer sanciones que resulten verdaderamente eficaces y disuasivas contra los despidos antisindicales. En tal sentido, se menciona a los Convenios Nros. 98 y 135, que imponen a los Estados la obligación de garantizar una protección eficaz y adecuada contra los despidos fundados en las actividades sindicales o de representación de los trabajadores. A este respecto la Comisión de Expertos de la OIT ha considerado que “una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente, habida cuenta del artículo 1 del Convenio (núm. 98), y que la reintegración del

Trabajo y Derechos

trabajador es la medida más apropiada”³⁴. Sostiene ORSINI que esta solución plenamente reparatoria contempla tanto a los despidos discriminatorios como los que se adoptan en violación de otros derechos fundamentales. Por ejemplo, libertad de expresión, libertad sindical y los que responden a represalias por el hecho de reclamar el cumplimiento de los derechos legalmente reconocidos³⁵.

Se impone la nulidad -absoluta e insanable- y debe habilitarse la reinstalación, integrando a tal efecto junto a la ley antidiscriminatoria 23.592 las del C. Civil, aplicables plenamente en esos supuestos a las relaciones de trabajo (Arts. 1044, 1056, 1083 y CC.). La plena reparación frente al despido discriminatorio significa tutelar laboralmente al ciudadano trabajador en similares condiciones, que desde el Derecho Civil se hace con el ciudadano, sin aditamentos. Significa reconocer a la persona del trabajador con derecho a ser ciudadano fuera y dentro de la empresa.

Antes que la Justicia laboral desarrollara la positiva saga de fallos antidiscriminatorios fue la Justicia civil, en el conocido caso “Freddo”, la que hizo esa aplicación de la ley 23.592 en un supuesto de discriminación por género en el acceso a la contratación en la esfera del trabajo.

La plena reparación (reincorporación efectiva y reparación de todos los daños sufridos) se fundamenta asimismo en normas de la LCT, que regula expresamente el deber de ocupación efectiva en su Art. 78. El bien jurídico protegido es en primer orden la dignidad del trabajador que no se repara con sólo asumir el pago de las remuneraciones. El deber de ocupación efectiva debe satisfacerse en ese orden de reconocimiento

34 Este es el criterio que se sustenta en el *Manual de Formación para jueces, juristas y docentes en Derecho* bajo la dirección de Xavier BEAUDONNET del Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 1ª edición, 2009.

35 35 V. ORSINI, Juan Ignacio en “Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador”, Publicado en UNLP 2008-38, 580.

de valores. La dignidad que se protege es inmanente al ser humano, una construcción histórica y cultural de la civilización. Esa dignidad, reconocida universalmente, exige una protección intensa porque se la considera más valiosa que los elementos materiales propios del intercambio de prestaciones (Art. 4 LCT).

En esta cláusula de la LCT radica el núcleo filosófico asumido por el legislador de esa ley, en consonancia con un perfil propio de un estado social y democrático y es clave para la interpretación sistémica de todas sus disposiciones.

6. La postura de AAL expuesta ante la CSN -*amicus curiae*-

Recuperemos el concepto que se expresa por parte de la doctrina prevaleciente, la que considera al despido discriminatorio en su doble condición de ilicitud, a) como despido arbitrario porque violenta el mandato constitucional que ordena asegurar la protección contra el despido sin causa y b) por su connotación más grave de naturaleza discriminatoria.

Ese fue el criterio que puso de resalto la AAL ante la CSN cuando fue invitada por dicho tribunal (en reconocimiento de su nivel y de objetividad científica) para exponer en la causa “Pellejero”. En esa causa, el Tribunal Superior de la Pcia. de Río Negro consideró que el despido de la actora era un acto discriminatorio por causa de la opinión gremial y la actividad sindical de su cónyuge, quien había intervenido en la denuncia de incumplimientos de la empleadora en materia de condiciones de trabajo.

Al margen de la complejidad en aspectos procesales, referidos a la prueba de la discriminación, el Tribunal provincial ponderó que la represalia discriminatoria puede perpetrarse también indirectamente.

Con abstracción del caso, el enfoque se proyecta a toda conducta en que el despido de un tercero es un mensaje de represalia cuasi mafioso, dirigido a una persona vinculada afectivamente a la persona que se segrega arbitrariamente. Así se

Trabajo y Derechos

busca afectar a ambos, a uno materialmente con el despido y al otro moral y psicológicamente, para que se sienta cruelmente castigado. Una conducta perversa que lesiona una dimensión tan sensible, consistente en despedir arbitrariamente a quien integra el estrecho ámbito familiar o afectivo del destinatario del meta mensaje ³⁶.

Se trata de un aspecto complejo, que explica por qué la doctrina define a la discriminación como un concepto abierto.

Sintéticamente se expone a continuación la posición expuesta por la AAL (Asociación de Abogados Laboralistas) en ocasión de la audiencia a que fue exclusivamente invitada en calidad de “Amicus Curiae” por el máximo Tribunal en la causa “Pellejero c/Banco Hipotecario” ³⁷.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, 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...con respecto al empleo privado 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 objetivo ³⁸.

El adjetivo arbitrario que sigue al sustantivo despido modaliza claramente la interpretación de la norma.

36 Secuestrar a un familiar de un opositor o despedir al cónyuge de quien es considerado como un irritante adversario, son muestras de mensajes cuasi mafiosos y discriminatorios que afectan esenciales derechos humanos.

37 Con la coordinación de Ramírez y Pajoni elaboramos la presentación de la AAL en el AC junto a Barrera Nicholson, A., Nuguer, F. y Puente, M. que después expusimos en una breve intervención oral en la audiencia respectiva.

38 Esa Corte Suprema en “Madorrán” (*Fallos*, 330:1989) hizo suyo el criterio expuesto.

Arbitrario significa lo mismo que desnudo de causa, voluntad no gobernada por la razón, y contra ello se ordena proteger. Se considera axiológicamente una conducta contraria a derecho o ilícito. El empleador no tiene facultad de despedir. No hay norma constitucional que permita una interpretación contraria.

Se ha dejado al criterio de legislador infra constitucional el determinar cómo habría de implementarse dicha protección, en la medida de que no se desnaturalice la garantía constitucional (Art. 28 y 75 inc. 23 CN). La LCT no permite el despido sin causa sino que sólo sanciona esa ilicitud al imponer una indemnización, con la particularidad de 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. Podría haber ocurrido que el legislador entendiera que la protección contra el despido arbitrario podría requerir un sistema de mayor rigor, 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 (Arts. 40, 48, 50 y 52, ley 23.551), sistema cuya constitucionalidad ha sido reiteradamente reconocida por esa Corte Suprema.

El mandato constitucional no excluye la posibilidad de una mayor energía sancionatoria que la prevista en la LCT. El principio de estabilidad y/o la protección contra el despido arbitrario puede garantizarse asegurándose al trabajador 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 causa ³⁹.

Sostuvo J. 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 arbitrario ⁴⁰...

39 Ver, por ej., DEVEALI, M., "La estabilidad de las relaciones de trabajo de derecho privado", Revista Derecho del Trabajo.

40 LÓPEZ, J., "Despido arbitrario y estabilidad", Revista Legislación del Trabajo, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1973.

Trabajo y Derechos

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, pudiendo imponerse la nulidad como sanción máxima por tal forma de extinción, vedada desde la cúspide del sistema normativo.

7. 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 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.

ERMIDA URIARTE ha recordado 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. La discriminación encuentra la posibilidad de un ejercicio potenciado en una relación de subordinación, entre quien dirige y quien es dirigido”⁴¹. 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.

Debe constituir una preocupación esencial que las relaciones laborales se desarrollen dentro de un ámbito de respeto de los valores esenciales tales como la libertad, la dignidad e igualdad de oportunidades. A nivel internacional dicha preocupación se ha plasmado en una miríada de disposiciones entre las que cabe mencionar, particularmente respecto a la garan-

41 ERMIDA URIARTE, O., “Normas discriminatorias de las mujeres”, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Tercera Serie N° 10, Montevideo 2003.

tía 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 Arts. 1, 3, 8, 9; Convenio 158 Arts. 5 y 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Arts. 2.2, 3, 7 Inc. c),14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts.1, 8, 13, 17, 23, 24, 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2.1, 3, 14, 18, 25, 26; Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, Arts. 1, 2, 3, 4; Convención sobre la eliminación todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Arts. 1, 2, 5, 11.1 Inc. .B, 12, 15, 23; Convención Internacional sobre eliminación de todas formas de Discriminación Racial; Arts. 1, 2, 3, 5, 6; Convención sobre los Derechos del Niño: Arts.1, 2, 3, 23, 28. A su turno la Constitución Nacional refiere al tema en los Arts. 14 Bis, 16, 20, 37, 43, 75 Inc. 12, 22, 23, 24 y a nivel infra constitucional la Ley N° 23.592 de penalización de actos discriminatorios, Art.1. Y 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 infra constitucional 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.

La CSN sostuvo que el control de constitucionalidad de las leyes, que compete a todos los jueces y, de manera especial, a ese Tribunal en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma

Trabajo y Derechos

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 de 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 internacionales ⁴².

No podrá ya obviarse la fuerza vinculante contenida en las opiniones consultivas de los organismos especializados de aplicación de los Tratados Internacionales, siendo ése 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. La obligatoriedad que emana de los Tratados Internacionales y sus respectivas pautas de interpretación determina que cuando se trata de aplicar esa legislación en beneficio de un trabajador, por efecto del principio *pro homine* siempre 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. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma

42 V. Causa “Giroldi” de *Fallos*, 318: 514, considerando 11.

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” (CIDH Opinión Consultiva OC-18/03 de 17/9 2003).

Las normas 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 sólo el impedimento de las conductas discriminatorias sino que además resultan vinculantes para los Estados y horizontalmente también entre particulares.

El Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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 se encuentra complementada por la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 24/11/ 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”.

El Comité establece el alcance del Art. 6: “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 personas 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

Trabajo y Derechos

un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica. 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. Los tribunales estarían entonces en condiciones de juzgar las violaciones del contenido básico del derecho al trabajo invocando directamente las obligaciones derivadas del Pacto...”.

GIALDINO sostuvo: “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”⁴³. Este

43 Conf. 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), LexisNexis, p. 2085/6 y 2090.

último 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° 18 adquiere notoria relevancia, recordando que la misma prescribe que “si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente”.

Es de considerar el Convenio N° 158 de la OIT sobre la extinción de la relación de trabajo, adoptado en 1982... 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, 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 *ius 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.

Trabajo y Derechos

El derecho al trabajo, digno, decente y estable, en definitiva, es un derecho humano esencial. Entendido así, ese derecho es un capítulo dentro de los derechos humanos, que son universales y van, o deberían ir, más allá de la condición del mercado laboral. BAYLOS GRAU sostuvo la eficacia de los derechos fundamentales 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 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 públicos ⁴⁴. H. SARTHOU 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. ¿Puede suponerse que un trabajador pueda ser privado de derechos fundamentales que le son reconocidos en su calidad de ciudadano, particularmente en 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.

44 “Por una (re) politización de la figura del despido”, RDS Nro.12, Edit. Bomarzo, Albacete, España, octubre-diciembre, 2000.

Aplicación de la ley N° 23.592 a las relaciones laborales. Además en nuestro Derecho interno rige la ley 23.592, 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 erróneamente 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, 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. La ley 23.592 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.

Trabajo y Derechos

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 23.592, 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.

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*. 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. Única manera de hacer cesar los efectos de la discriminación ⁴⁵, y como medida complementaria

45 “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

el pago de una justa indemnización (conforme Art. 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos ⁴⁶).

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... Además, ordenó al Estado empleador a reparar el daño moral padecido por los trabajadores ⁴⁷.

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 discriminatorio, 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.

El estado de la doctrina. La saga de fallos de la CSN. A partir del año 2001 en que en la Justicia laboral argentina

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).

46 El 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).

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

Trabajo y Derechos

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 dieron ejemplos que encubren medidas de este tipo como cesantías sin causa o a despidos disciplinarios, o 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 Derecho 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 25.013, de 1998, la habilitación de las fuentes normativas de fondo y procesales aludidas se encamina en el sentido precedentemente indicado.

Se asiste a una clara tendencia de progresiva consolidación de los principios expuestos.

La Ley 23.592 es aplicable 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 R. 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 Aboga-

dos 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.

La ley 23.592 consagra normativamente el criterio de J. 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 LÓPEZ, FERNÁNDEZ MADRID y otros, que lo califican de acto ilícito y susceptible de ser legislativamente objeto de nulidad infra constitucional, 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 nulos” 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, supra legal y que tiene reglamentación interna en la ley federal 23.592.

Conclusiones. 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 resguardar 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.

El documento de la AAL que se ha sintetizado constituyó la culminación de medio siglo de coherencia, en ese como en otros temas fundamentales. Estamos esperanzados en que la CSN se exprese en esta trascendente temática con la misma coherencia respecto de los precedentes resueltos en su actual integración y que guardan estrecha conexidad con lo que se debate ante el máximo Tribunal...

En las minoritarias expresiones restrictivas de la tutela del trabajador que sufre un despido discriminatorio, persisten elementos que están presentes en un viejo debate ahora renovado.

Actualmente no se puede ignorar que la caracterización del despido arbitrario -como hecho contrario al Derecho- lo ha reconocido expresamente la CSN concluyendo que el despido *ad nutum* es un acto ilícito violatorio de los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, y de la estabilidad en el empleo. Esa conclusión del máximo Tribunal condicionaría, a nuestro modesto entender, a mantener su coherencia al momento de decidir los casos de despido discriminatorio, que están recurridos por las empresas condenadas a restablecer al trabajador en el empleo.

Trabajo y Derechos

Queda muy claro la superación de precedentes resueltos con otras integraciones de la CSN, en los casos “De Luca” y “Figueroa c/Loma Negra”. En estos criticables pronunciamientos, se consideró que en ningún supuesto de despido arbitrario cabría otra consecuencia que reconocer una reparación económica, calificando de inconstitucional a una normativa heterónoma o colectiva que estableciera la alternativa de la nulidad con reincorporación del trabajador. Este equivocado criterio es reivindicado por quienes se encolumnan, con diversos matices, en negar el derecho y la opción del trabajador, víctima de un despido discriminatorio, de exigir la readmisión en sus propios términos y delegan la opción final expulsiva a favor del empleador discriminador ⁴⁸.

Una correcta interpretación del Art. 14 bis y del bloque actual de constitucionalidad lejos está de respaldar esos criterios de resistencia a la posibilidad de nulidad con readmisión efectiva, en los supuestos de despidos calificados de discriminatorios. Todo lo cual se potenció con la reforma constitucional de 1994 ⁴⁹.

Hace decenas de años hemos sostenido desde la AAL lo que ya constituye una doctrina jurisprudencial, expresada y mejor fundada -por mayoría- de la Sala V de la CNAT en las siguientes conclusiones. El despido *ad nutum*, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo. Es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que

48 Son criterios jurisprudenciales minoritarios, que consideramos como resabios de las corrientes flexibilizadoras de décadas anteriores. Procuran, quizás, inspirar su recepción legislativa futura. No es la entidad de sus fundamentos lo preocupante, sí lo es esa eventual proyección de una legislación que sería obviamente inconstitucional.

49 A través del nuevo bloque de constitucionalidad federal, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con categoría constitucional el Protocolo de San Salvador y sus disposiciones sobre derecho al trabajo y protección a la estabilidad en el empleo.

frente al acto ilícito descrito, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.

El contenido esencial de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación, conferidos al empleador, no comprende la potestad de despedir a los trabajadores *ad nutum*, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria. El sistema indemnizatorio de la LCT no es el único posible de protección contra el despido arbitrario. La operatividad y autoaplicación de las normas internacionales de derechos humanos habilitan al trabajador discriminado a demandar la nulidad del despido discriminatorio y a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, aun cuando no existan normas legales nacionales que regulen específicamente esta situación...”⁵⁰.

Consignamos aquellos intentos minoritarios y aun aislados, de audaz desvío de las consecuencias del despido discriminatorio, porque no dejan de ser preocupantes, aunque jurídicamente sean débiles, porque operan como meta mensajes, que podría tentar, en un futuro, propuestas de legisladores sin la necesaria información conceptual en materia de derechos humanos fundamentales en clave laboral.

Se intentaría así cambiar el eje de disputa, para abortar la corriente jurisprudencial que se viene imponiendo en materia de despidos discriminatorios. Por esa razón, dejamos expresado que recoger aquellas propuestas minoritarias, que desvirtúan la correcta interpretación de nulidad y reparación plena del despido discriminatorio, estaría en abierta colisión con el actual y rico bloque de constitucionalidad impregnado de fuentes internacionales vinculantes⁵¹.

⁵⁰ Declaración de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo “Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global”, de abril de 2009.

⁵¹ Esas concepciones restrictivas de la tutela al trabajador merecieron fundadas réplicas en autores como BARRERA NICHOLSON, R. CORONEL, DUARTE,

8. En el revés de la trama: una cuestión de poder

En términos de una de las claves del Derecho del Trabajo -las relaciones de poder asimétricas en la realidad- resulta diáfano que lo que se cercena con la nulidad del despido y la real reincorporación del trabajador es precisamente la prepotencia de un poder despótico. De este modo, se hace hincapié en uno de los aspectos centrales de nuestra disciplina. Y esto es lo que explica la crispación de los intereses de poder económico, su tenaz resistencia, expresado por sus operadores jurídicos como publicistas o en el ámbito académico, con lamentables repercusiones en un sector de la doctrina jurisprudencial. Una

BECHETTI, PUENTE y PÉREZ CRESPO. Este último ha dedicado una serie de trabajos a ese cuestionamiento, que tiene el doble mérito de su nivel jurídico y de su conocimiento directo de esa problemática discriminatoria referida a la actividad sindical. En ese sentido resulta recomendable su aporte titulado “Olguin c/Rutas del Sur”, otro interesante fallo sobre nulidad de despido discriminatorio (Difundido por 14 bis).

Compartimos sus observaciones y agregamos que aquel tipo de enfoque restrictivo de la tutela en aspectos de fondo y de forma, que venimos criticando. El gatopardismo de los juristas, que en nuestro país procuran evitar esa consecuencia -la readmisión efectiva- consiste en trasladar, en cuanto a los efectos de ese tipo de despido discriminatorio nulo, la solución que en el Derecho español alcanza al llamado despido improcedente, que así se califica sólo por carecer de justa causa. Siendo improcedente el legislador español le brinda al empleador, que ha sido condenado por la ineficacia del despido -así revisado en la sentencia- la alternativa de sustituir la continuidad del vínculo y sus prestaciones por resolver unilateralmente la extinción mediante una indemnización. Lo que debe ponerse de resalto es que esta alternativa le está absolutamente vedada en el supuesto de despido discriminatorio. La defección del legislador español, en cuanto al despido improcedente, es sustancialmente corregida en ese mismo régimen jurídico en el supuesto del despido violatorio de derechos fundamentales, libertades públicas o como hecho discriminatorio.

Dicho esto, sostenemos que el artilugio de quienes en nuestro país vienen sosteniendo que el empresario discriminador puede reemplazar la condena de readmisión del discriminado sólo pagando, saca de contexto a ese tipo de despido doblemente ilícito en cuanto a sus consecuencias finales, “importando” sustancialmente la respuesta y la defección con que en España se trata al despido improcedente.

resistencia que se expresa también en la desinterpretación y subvaloración de los alcances de los nuevos aportes y fuentes internacionales vinculantes referidos a los derechos fundamentales y a la no discriminación en todas sus proyecciones. Que distorsiona sus contenidos, los considera como si fuesen textos retóricos, declamatorios o voluntaristas, intentado desactivar su imperatividad. Esa desinterpretación se perfila en la conceptualización, contenido y alcances de la normativa antidiscriminatoria de fondo y se prolonga en la consideración de sus aspectos procesales, como lo hemos desarrollado. La resistencia a la que venimos haciendo referencia, canaliza, con apariencia aséptica, la crispación de intereses de poder real y mediático.

Es una reacción conservadora frente a lo que se vive como un sorprendente, inesperado y amenazante cambio de paradigma en materia de estabilidad en el empleo, cambio que encuentra al Poder Judicial como el artífice desde el Estado.

Somos escépticos de que, en las condiciones actuales, los otros poderes, legislativo y ejecutivo, se encausen impulsando y consagrando inmediatamente normativas laborales específicas, acordes a los fallos mayoritarios en relación al despido discriminatorio. Sería muy constructivo ese aporte legislativo que consagre, como en Brasil, una regulación específica para despejar los aspectos que aún se debaten sobre la aplicación de la ley 23.592 a los despidos discriminatorios en todos sus alcances ⁵².

La cruzada ideológica de resistencia a la nulidad del despido discriminatorio y con readmisión del trabajador, procura bloquear ese logro, que cercena prudente y razonablemente,

⁵² Ese escepticismo de la razón no excluye un optimismo de la voluntad. Seguiremos bregando para que eso ocurra. No es una utopía irrealizable. Basta recordar lo que aconteció con la sanción de la LCT en 1974, cuando el legislador de la misma, con la modestia de los grandes, se jactaba en sus fundamentos de haber simplemente normativizado en ese régimen general -la LCT- una sólida construcción previa de la jurisprudencia nacional más progresista, acumulada por décadas anteriores.

las decisiones expulsivas más graves adoptadas por los empleadores. Esas expresiones conservadoras desean que el poder privado de segregación persistiera en los confines más próximos al despido libre. Lo sienten como una prerrogativa empresarial indeclinable. A lo sumo, sólo accede a monetizar mejor el precio que se pague por no modificar la arrogancia de un poder privado autoritario, expresada en el despojo irreversible de la “magra propiedad del empleo” del trabajador. Una expresión que CORNAGLIA recupera de P. DURAND -La “propiedad del empleo”- significó la estabilidad como conquista y configuración de un derecho subjetivo patrimonial del trabajador, como “propietario” de su puesto de trabajo. Cuya confiscación sólo puede hacerse restrictivamente mediando una extrema causal que lo justifique. Ese derecho a la permanencia, en esos términos de “propiedad”, es compatible con el sistema productivo, es parte del mismo en un modelo de Estado Social. En cambio, mantener el modelo de despido incausado sólo indemnizable es parte decisiva de un arsenal autoritario y plurilesivo de derechos fundamentales, individuales y colectivos. El despido libre -y a lo sumo ilícito pero meramente indemnizado- es quizás la clave que acentúa la dependencia como sojuzgamiento del contratante vulnerable, ya que opera como amenaza implícita y permanente durante todo el desarrollo de esa relación y en lo colectivo opera como un potencial acoso de violento disciplinamiento social.

9. La estabilidad real y la irrenunciabilidad de derechos

Ese carácter plurilesivo del despido injustificado se relaciona también con un largo debate sobre los alcances de la irrenunciabilidad de derechos por el trabajador, cuando es presionado por el empleador para que se someta a un cambio peyorativo. El empleador le impone esa condición al trabajador con la amenaza de que si no resigna sus derechos producirá la extinción unilateral del contrato. Un claro planteo extorsivo. La extorsión logra sus objetivos a partir de la comprensión del

trabajador que se ve compelido a resignar derechos adquiridos en su relación individual, en un nivel de beneficios superior al piso de las fuentes imperativas (norma heterónoma o CCT). Esa resignación se produce en un estado de necesidad, ya que tiene internalizada esa amenaza explícita o implícita de despido, como asfixiante presión empresarial. El mero estado de latencia de la figura del despido arbitrario irreversible, tal como está legislado en nuestra LCT, condiciona el sometimiento del trabajador frente a imposiciones inadmisibles del otro sujeto de la relación. Y con mayor razón es así, cuando esa amenaza de despido se explicita por el empleador como directo chantaje, que obliga al trabajador a obedecer la exigencia de “novación” desfavorable, para no irritar ni desafiar heroicamente a quien cuenta con el uso extintivo de ese ilícito para desvincularlo violentamente del trabajo. La extorsión, como amenaza de represalia extrema, termina arrinconando al dependiente a tener que “negociar” a la baja, sin el menor deseo y sin adecuada compensación. Así se acentúa el desequilibrio entre las respectivas prestaciones.

Conocidos publicistas, enrolados en la corriente doctrinaria que postula que el despido *ad nutum* es un derecho del empleador, han pretendido justificar, como si fuese jurídicamente irreprochable a esos actos de forzada renuncia de derechos. Consideraron que tal dejación era admisible como si se tratase de una genuina negociación, por la que el trabajador resignaba derechos a cambio de que el empleador “le perdonara la vida”, no despidiéndole como -según esa doctrina- podría haberlo hecho, en tanto esos operadores afirman que el despido inmotivado es una prerrogativa del empleador. Al trabajador se le impone una democión de categoría profesional y/o una rebaja de remuneraciones o un cambio peyorativo en sus condiciones de trabajo (Art. 66 LCT).

Se llegó a sostener que se estaba en presencia de un supuesto de plena autonomía de la voluntad del trabajador aunque tal resignación se hiciese a cambio de nada. Se argumentó en esos supuestos la validez de la reformulación regresiva de una condición de trabajo (Arts. 1, 7, 12 y 66 LCT).

Trabajo y Derechos

En ese desarrollo discursivo no se vaciló en afirmar que el empleador, al no despedir en esas circunstancias, ha producido una “legítima y proporcionada contraprestación”, que sería una compensación inobjetable, por la forzada declinación de derechos del trabajador. Culmina ese razonamiento con la afirmación de que, esa abstención patronal, consistente en no producir el despido directo incausado, habría “restablecido el equilibrio de las prestaciones”.

Ese desatino interpretativo llegó a constituir en una época no lejana una doctrina de algunas salas de la CNAT inspirada en autores de reconocimiento, en la comarca local.

Frente a esos criterios se plantaron firmemente y con sólidos fundamentos iuslaboralistas como

FERNÁNDEZ MADRID y CAPÓN FILAS, jueces de la CNAT, Sala VI. En reiterados pronunciamientos negaron validez a esa resignación no querida de derechos. Debieron soportar la revocación de sus decisiones por una CSN, con otra integración. (Caso “Bariain c/Mercedes Benz SA”).

Pero esos jueces continuaron declarando la invalidez de ese tipo de renunciaciones de derechos⁵³. Lo fundamentaron, entre otros motivos, en que siendo el despido *ad nutum* un acto contrario a derecho, la amenaza de ese ilícito para doblegar la resistencia del trabajador se constituye en una deplorable injusta amenaza. Se replicaba de tal modo a aquel desatino al que conducía la disparatada concepción de la “licitud del despido sin justa causa”. Desatino que se completaba con la desinterpretación del texto del Art.12 de la LCT y el desconocimiento en toda su extensión del principio de irrenunciabilidad.

Eso fue así hasta que nuevamente una sólida doctrina judicial de la Sala VI de la CNAT puso las cosas definitivamente en su lugar, negando valor alguno a esas aparentes

53 Compartiendo ese criterio en el Tribunal de Trabajo de Morón -que integré en la Pcia. de Bs. As- aun después de aquel criticable criterio de la CSN, se encolumnó en la línea de aquellos maestros. (“Trapiella c/Volkswagen Argentina SA”) y la SCBA confirmó nuestro criterio, que también superó el intento de revisión ante la CSN.

renuncias de derechos, considerando que estaban viciadas de nulidad absoluta (“Velazco c/Celulosa Jujuy- CNAT Sala VI”).

Los magistrados partieron de la señalada premisa conceptual, que considera injusta amenaza la de despido, como conducta del empleador para lograr desarmar la resistencia del trabajador. Señalaron que opera como una autoritaria advertencia de recurrir al despido si se negara al cambio exigido por el principal ⁵⁴.

En el ámbito del empleo público -considerado integrante del Derecho del Trabajo- resulta muy positivo el aporte de la CSN en el caso “Ramos”. Allí se reconoció el principio de irrenunciabilidad y se consideró demostrado que si las tareas realizadas por el trabajador siendo realmente permanentes se las consideraba por el Estado (como empleador) como “transitorias”, ello merecía la protección del Art. 14 bis de la CN que otorga protección contra el despido arbitrario. La CSN resolvió el caso a la luz del principio de primacía de la realidad, aplicando asimismo los principios generales del derecho al trabajo, entre éstos el de irrenunciabilidad. Se dejó de lado la teoría “del voluntario sometimiento”, según el cual, quien suscribe un contrato sin reservas no podía luego volver sobre sus pasos y desconocer su voluntad de excluirse del derecho a la estabilidad. Como lo destaca en un agudo análisis M. CREMONTE, ese pronunciamiento es, además, relevante porque admite la integración del empleo público al Derecho del Trabajo. Y la CSN relaciona el tema

54 Para terminar con ese largo debate sobre los alcances de la irrenunciabilidad de derechos Recalde recogió la doctrina de juristas como DE LA FUENTE, FERNÁNDEZ MADRID y E. ÁLVAREZ, y logró la reforma de ese artículo 12 de la LCT. De modo que ya no se discute la irrenunciabilidad de derechos cualquiera sea la fuente de regulación. Un análisis histórico y jurídico en torno a ese largo debate sobre irrenunciabilidad, puede verse en ROA, L., “Irrenunciabilidad de derechos. Itinerario de un Principio General”, en obra colectiva *Estudios de Teoría Crítica del Derecho del Trabajo*, Editorial Bomarzo Latinoamericana, 2006.

de la estabilidad en el empleo con el principio de irrenunciabilidad ⁵⁵.

El nuevo texto del Art.12 de la LCT establece el concepto amplio de irrenunciabilidad de derechos. La ley 26.574 sancionada a fines de 2009, dispuso la reforma del texto del Art. 12 de la LCT, cuyo proyecto original pertenece al Diputado y abogado laboralista H. Recalde. El texto aprobado establece: “que será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extensión”. Un valioso avance.

Sin embargo, seguimos lamentando que no se ha logrado hasta ahora otras contribuciones progresistas con respecto a aspectos relevantes de la temática que aquí nos ocupa, ya que ni siquiera se ha ratificado el Convenio 158 de la OIT y tampoco se ha reformulado el Art. 245 de la LCT ni se ha establecido una norma laboral que, remitiendo a la ley 23.592, permita despejar las residuales resistencias a la nulidad del despido discriminatorio y que incluya la readmisión obligatoria, si así se ejerce la opción por la víctima ⁵⁶.

El Poder Legislativo, el gobierno y la principal oposición, son en esto coincidentes, al prolongar esa injustificable mora u omisión en tutelar efectiva y adecuadamente contra el despido ilícito, lesivo de derechos fundamentales. Esto es así, pese a la existencia de varios proyectos presentados en distintos momentos históricos en esa dirección. Más criticable resultan algunas opiniones doctrinarias señalando que lo vigente en materia de regulación del despido -Art. 245 LCT- integraría nuestra “tradición”, elogiando de tal modo lo que es un evi-

55 CREMONTE M., Revista “La Causa Laboral.” AAL, junio 2010.

56 Además, persiste casi inalterable la regresiva reforma de la LCT realizada autoritariamente en 1976, que derogó o mutiló decenas de sus cláusulas.

dente sistema de in-estabilidad relativa. El mantenimiento del régimen general vigente del despido arbitrario, ilícito pero válido, en su dimensión extintiva, uniforma tanto al poder gobernante como a esa oposición, ubicándolos anclados anacrónicamente. Es una uniformidad que los sitúa, en esta problemática tan nuclear, en un rumbo que no supera una concepción neo desarrollista, en tanto que reconoce prevalencia a una estrategia empresarial de expulsión de mano de obra, no sujeta a revisión judicial. Una opción que fija objetivamente sus límites en lo concerniente a la promoción de los derechos de los trabajadores. Porque el régimen de tutela estatal frente al despido define centralmente la identidad de un modelo de gestión general de las relaciones de trabajo. Debería avanzarse como se ha hecho ejemplarmente en materia de otros derechos humanos no laborales.

Y aun con respecto a la legislación de emergencia, ese poder, si bien avanzó en la prohibición el despido incausado, limitó la sanción a los empleadores que violasen esa obligación, sólo encareciendo las indemnizaciones por la cesantía, sin dar viabilidad a la ineficacia extintiva de ese hecho expulsivo.

Un tratamiento contradictorio porque tras la prohibición debió preverse la ineficacia extintiva. Un sector de la doctrina sostuvo razonablemente que, en tal supuesto, la interpretación adecuada a las fuentes internacionales vinculantes, haría posible un reclamo de nulidad de esos despidos, “prohibidos” por el propio texto normativo.

10. El despido irrazonable y violento, planificado por el poder privado

Las consideraciones hasta aquí desarrolladas permiten comprender el significado de la figura del despido sin justa causa como un desborde arbitrario y violento del poder privado. Es un acto violento pero no es una pura irracionalidad. Frecuentemente implica una decisión racional y planificada de “extinción”, es una doble extinción, muerte del contrato y muerte en el alma del trabajador. Esta coexistencia entre ar-

bitrariidad, violencia, racionalidad y planificación no es una ficción ⁵⁷.

Es función del Estado Democrático y Social controlar y generar mecanismos de eficaz limitación del poder privado, impidiendo que el mismo se configure de forma arbitraria y, por ende, de manera incompatible con la dignidad humana. Y junto a esa acción de la heteronomía normativa, la autotutela colectiva debe plasmar formas más avanzadas en la negociación colectiva. Todo ello para equilibrar o disminuir poderes, como moderado contrapoder.

Las reflexiones que anteceden han sido las que nos motivaron, hace medio siglo, a admitir la centralidad de esta temática. Y captar en toda su dimensión el alcance plurilesivo que reviste el

despido arbitrario: para la conservación del trabajo (Art. 10 LCT), para la inserción y permanencia ciudadana en ese lugar, en que el trabajador resigna tiempo de vida y libertad y para los derechos colectivos ⁵⁸.

Como expresamos desde el Observatorio Jurídico de CTA, la estabilidad real es más que un derecho en sí. Es un derecho “para” tener derechos. Es una garantía irrenunciable para asegurar el estatus de ciudadanía del trabajador en la empresa. Lo es porque se convierte en la condición para el ejercicio pleno del conjunto de derechos laborales, individuales y colectivos, desde la libertad de expresión al derecho a la intimidad, desde la libertad sindical a la huelga. Ésta es una inferencia política de esta cuestión jurídica, que entronca con la problemática de la indispensable democratización de las relaciones laborales y la participación, incluso conflictiva, de los trabajadores en las decisiones de la empresa. Esa proyec-

⁵⁷ El nazismo y los delitos de lesa humanidad de nuestras dictaduras latinoamericanas han dado ejemplos de esa compleja y real coexistencia.

⁵⁸ Especialmente cuando con aquella decisión se duplica su ilicitud configurándose como despido represalia frente al ejercicio de la libertad sindical.

ción democrática es destacada en un documento de los laboristas latinoamericanos: la Carta Social Latinoamericana. Sostiene uno de sus autores, PÉREZ REY, que: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario requiere, en un régimen democrático de relaciones laborales, quedar limitada en aras también a la consecución de la estabilidad en el empleo. El despido injustificado es un acto de violencia privada que afecta también al trabajador en su condición de ciudadano, desde el momento en que en nuestras sociedades es el trabajo el principal de los vehículos para el disfrute de la ciudadanía”⁵⁹.

11. La saga de fallos sobre despido discriminatorio

En el ámbito especializado, ya se designa como “la saga de señeros fallos de nulidad de despidos”, a los emanados de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y de otros Tribunales Superiores a nivel provincial, que significó la consolidación de ese protagonismo temático.

En efecto, es frecuente que en las intervenciones y ponencias en eventos y jornadas académicas se analice y confronte acerca de algunos de los siguientes pronunciamientos judiciales de la CNAT: Sala V del 14/06/2006 “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.”, del 21/12/2006 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A.”, del 20/12/2007 “Quispe Quispe, N. c/

⁵⁹ PÉREZ REY desarrolla en ese documento -que coordina L. RAMÍREZ- una elaborada línea de pensamiento común a otros laboristas españoles como BAYLOS GRAU, APARICIO, ROMERO RODENAS, COLLADO, RENTERO y MERINO, perfectamente aplicable por su universalidad a la problemática latinoamericana. Esta corriente española procedente de la manchega UCLM, junto a la construcción de iuslaboristas uruguayos como BARBAGELATA, ERMIDA URIARTE y BARRETTO GHIONE, han potenciado por su influencia el pensamiento crítico en lo social, ya existente en nuestro país, Esa confluencia marca un antes y un después por sus efectos constructivos multiplicadores. Dar testimonio de ese múltiple aporte contribuirá al relato veraz de la historia del Derecho del Trabajo en la etapa post neoliberal, desde el laboralismo comprometido con los trabajadores.

Trabajo y Derechos

Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.” y “Belén, R. H. c/Jumbo Retail Argentina S.A.”, del 20/08/2008; Sala VI del 10/03/2004 “Balaguer c/Pepsico de Argentina SRL.”; Sala VIII del 30/11/2007 “Cáceres c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”; Sala IX del 31/05/2005 “Greppi c/Telefónica de Argentina S.A.”; Sala X del 20/06/2001 “Stafforini c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES”; Sala II del 25/06/2007 “Álvarez y otros c/Cencosud S.A.”; Sala III del 29/07/2009 “Camusso c/Banco de la Nación Argentina”; Sala IV del 31/08/2009 “Lescano c/Ingeplam S.A.”.

Mientras tanto, en la doctrina progresista no sólo se analiza elogiosamente esos logros jurisprudenciales con respecto al despido discriminatorio nulo. Se insta a ir más allá. Se está abordando abiertamente un segundo aspecto, debatiéndose lisa y llanamente la nulidad del despido meramente incausado, como violatorio del derecho fundamental al trabajo, rescatando un debate de comienzos de los 70 pero ahora superlativamente enriquecido por las fuentes normativas de jerarquía constitucional y supra legal perfiladas como núcleo en el Art. 75 inc. 22 de la CN, tras la reforma de 1994. Era un camino previsible y eso lo saben los antagonistas de la actual contienda jurídica sobre la problemática del derecho a la estabilidad en el empleo, una contienda fundamental en el Derecho del Trabajo, como parte del Derecho de los Derechos Humanos, sin perjuicio de su autonomía como disciplina. Como lo hemos destacado esos pronunciamientos jurisprudenciales tienen de común haber declarado la nulidad de despidos discriminatorios y/o violatorios de derechos humanos fundamentales de los trabajadores. Así se ha ido intensificando, como lo afirma BARBAGELATA⁶⁰ un irreversible “camino hacia la integración del de-

60 BARBAGELATA, H., El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, pág. 287.

recho del trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia”.

El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la

Seguridad Social ha sido ponderado por la doctrina calificada. GIANIBELLI señala la fenomenal transformación que en el sistema de fuentes significó la reforma constitucional de 1994 y que permitió en nuestro país el desarrollo de teorías, prácticas e instrumentos que fueron dando una estructura de despliegue y soporte para la aplicación interna de los Tratados, particularmente los constitucionalizados. Destaca el sistema de ordenación de fuentes del Derecho, establecido en la nueva norma constitucional (Art. 75, inc. 22): a) instrumentos de derechos humanos que han sido dotados de jerarquía constitucional, integran el “bloque de constitucionalidad” y comparten con la Constitución la misma supremacía; b) otros Tratados de derechos humanos que, sin estar enunciados en el inciso 22 2da. parte, pueden adquirir la misma jerarquía constitucional sin requerir de un nuevo proceso constituyente, bastando para ello la aprobación por el Congreso, con una mayoría calificada (2/3 de cada Cámara); c) el resto de los Tratados, celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales, que cuentan con jerarquía superior a las leyes ⁶¹.

Un abordaje sistémico exige también incluir que esas fuentes internacionales jerarquizadas a nivel constitucional o supra legal, resultan vinculantes en las condiciones de su vigencia, un concepto que remite dinámicamente a los tribunales y organismos internacionales que en el marco de su competencia han desarrollado progresivamente esas fuentes que nos son comunes. Así lo han expresado la CSN y reiterados fallos de la CNAT -especialmente la Sala V- interpretando el Máximo Tribunal -tal como lo expone H. GARCÍA- que la jurisprudencia

61 GIANIBELLI, G., “El sistema de protección de derechos de la organización internacional del trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno, observatorio de derecho social”, CTA, www.observatoriocta.org.ar

dencia internacional constituye una insoslayable guía para la interpretación y aplicación de los Tratados por los tribunales nacionales, en la medida en que el Estado argentino admitió la competencia de esos órganos al incorporarse voluntariamente a la respectiva organización internacional y ratificar el Tratado que deba aplicarse ⁶².

Por esa vía, reiteramos, también se ha reformulado sustancialmente el concepto, contenido y dimensión del derecho a la estabilidad en el empleo. Incluso se ha reabierto ese arduo debate, desarrollado hace décadas, en torno a los alcances del derecho “al” trabajo como un derecho fundamental que posibilita la nulidad del despido arbitrario o carente de justa causa. El aporte de ERMIDA URIARTE en este aspecto ha sido sustancial. A su vez, TOSELLI considera que el abordaje de la discriminación en el trabajo y en la extinción del contrato, es la temática más debatida de nuestra disciplina. Sostiene que el tema trae a colación el interrogante acerca de cuál es la consecuencia de la expresión constitucional argentina “protección contra el despido arbitrario” en el ámbito del Derecho Privado (Art. 14 bis). Y para desacralizar la afirmación de los operadores jurídicos que -cada vez en menor número- siguen sosteniendo que esa cláusula constitucional sólo hace posible una denominada “estabilidad relativa impropia”, enuncia supuestos que habilitan la réplica de tal aserto.

Así, en períodos de emergencia, el legislador de la emergencia ha utilizado fórmulas de estabilidad expresando la prohibición del despido, sin merecer reproche, como en el caso del Art. 16 de la ley 25.561. Entiende el autor que es posible discernir que tal prohibición, interpretada sistémicamente, habilita la nulidad de esos despidos prohibidos expresamente, recuerda

62 GARCÍA, H. O., “La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo ‘ATE’: muchas preguntas y algunas respuestas”. En la nota al pie GARCÍA hace referencia a todos los fallos de la Corte que se refieren a esta obligatoriedad de interpretación de acuerdo a los organismos de control de los Tratados internacionales, “Aquino”, “Simon”, “Madorrán”, “ATE”.

que la CSN sostuvo que es facultad del Poder Legislativo asegurar la protección contra el despido arbitrario y establecer las bases jurídicas, sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito de esas soluciones imperativas. Agrega el magistrado cordobés, que si fuese categórica y total la identificación entre la expresión constitucional mencionada con la alternativa de la estabilidad relativa impropia o despido meramente indemnizado, no se explicaría tampoco que ya, sin resistencia ni cuestionamientos serios, la ley 23.551, referida a las asociaciones sindicales, en su artículo 48 abarque en la tutela de la estabilidad real a cualquier trabajador -de un empleador privado- que ocupe un cargo político en los poderes públicos y que conforme al Art. 52 de esa ley impide que sea despedido sin el juicio previo de exclusión de la garantía de estabilidad, previa comprobación fehaciente de la injuria que se le impute con entidad suficiente para desactivar el intenso marco protectorio ⁶³.

Es inviable invocar la libertad de gestión y el derecho de propiedad del empleador para negar la posibilidad de que, en ciertos supuestos y situaciones, el legislador y los sujetos de una negociación colectiva de trabajo, puedan admitir o emplear mecanismos reglamentarios que afecten a esos otros derechos patrimoniales de los empleadores. Imponiendo restricciones que precisamente eliminen la arbitrariedad en la extinción del vínculo. La protección contra el despido arbitrario, no supone la idea de un derecho a despedir, sino una forma de protección en los supuestos en que haya una ruptura sin causa justificada o un incumplimiento contractual (cfr. Arts. 242, 245 y 246 de la LCT). Con esos alcances, la tutela es considerada como integrante del contenido esencial de unos de los derechos liminares del constitucionalismo social: el derecho “al” trabajo, desarrollado coherentemente en el principio de estabilidad en el empleo. Esas restricciones a la gestión empresarial en las relaciones laborales, resulta constitucional-

63 TOSELLI-GRASSIS-FERRER, “Violencia en las relaciones laborales”.

Trabajo y Derechos

mente irreprochable, máxime cuando se lo analiza en el marco del actual y ampliado bloque de constitucionalidad.

Con mayor razón resulta incuestionable lo resuelto por esa saga de fallos que aplican la ley 23.592, esencialmente una norma antidiscriminatoria de espectro amplio, que configura una ley federal especial, que reglamenta derechos constitucionales -Art. 16 igualdad y no discriminación- Tratados que jerarquizan con esos mismos alcances constitucionales o supra legales la prohibición de discriminación negativa injusta y que conllevan la ineficacia de esas conductas y sus efectos dañosos a sus víctimas, injustamente dañadas (Art. 19 CN). Aquella ley -23.592- sancionada a mediados de los 80 lejos estuvo de ser ajena al mundo del trabajo. Así lo hizo saber -lo que consagra una suerte de interpretación auténtica- en calidad de miembro informante en el tratamiento del debate del proyecto legislativo, el Diputado Cornaglia. Ese legislador, al tramitarse el debate de la ley antidiscriminatoria se encargó de demostrar la plena aplicación de la misma a la problemática del trabajo, destacando la “cuestión social” que esta problemática indiscutiblemente implica. Si ninguna persona puede ser discriminada arbitrariamente y cuando lo sea lo que se impone es hacer cesar el acto, sería discriminatorio no incluir en esa tutela a la persona que trabaja.

Por lo demás, la ley 23.592 es posterior y más favorable a la solución legislativa dada al despido por el Art. 245 de la LCT y constituye una reglamentación acorde y superadora de los Arts. 17 y 81 de la LCT, que enfocan casos de conductas discriminatorias vedadas expresamente.

Conforme al principio de progresividad e irregresividad, en materia de derechos, que ha sido reconocido como vinculantes en la conflictividad laboral y de tutela de derechos fundamentales por nuestra CSN -caso “Milone”-, con sustento en el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y Culturales, la ley 23.592, siendo una ley posterior y mejorando el nivel de tutela de la persona que trabaja, deviene como regulación adecuada para los supuestos abarcados en esa normativa. Consecuentemente se torna inaplicable tanto

el Art. 245 de la LCT como cualquier otra norma que pretenda sancionarse para sólo monetizar las consecuencias y negar la reparación plena de un despido discriminatorio. Esa reparación no puede ser otra, si la víctima así lo peticiona, que la restitución del trabajador en su contrato y en sus condiciones de trabajo. De ese modo se ha de producir el renacimiento de la relación, como si la misma no se hubiese jamás interrumpido y adicionando a la condena la reparación de todos los daños, salarios devengados, daño moral, etc.

Con la sanción de la norma antidiscriminatoria nuestro país ha hecho realidad la progresividad en cuanto al mejoramiento de las condiciones de existencia digna de las personas que trabajan.

Cornaglia fue quien instaló en la doctrina laboral argentina el principio de progresividad, argumentando en tal sentido, que en términos históricos y políticos de lo que se trata es que las libertades alcanzadas no sean acaparadas por el tercer estado y alcancen al cuarto. Y aludiendo a la estabilidad procurada en el empleo, agrega que ello se relaciona con el principio de progresividad, ya que garantiza a los trabajadores que la condición de enajenación del trabajo que producen, no los llevará a un nivel de vida inferior al que le hubiese correspondido en las relaciones estatutarias. En esa misma orientación conjugando progresividad y estabilidad en el empleo Cornaglia, como legislador, impulsó el restablecimiento de la plena estabilidad para el Estatuto de los bancarios, alcanzando su sanción, lamentablemente vetada por el Presidente Alfonsín, permeable a las presiones de los factores económicos y mediáticos de poder ⁶⁴. Una desafortunada claudicación ante presiones de poder.

⁶⁴ Esa permeabilidad terminó aislando esfuerzos similares al de Cornaglia en esa etapa. Las relaciones de trabajo fueron orientadas no sólo al mantenimiento de la legislación de la dictadura -reforma de la LCT de 1976- sino que comenzaron a desarrollarse acordes al neoliberalismo. Es emblemático el dato de que en ese período cobra protagonismo oficial Caro

Trabajo y Derechos

La ley 23.592 rompe el molde de la “inestabilidad con indemnización”, sostiene CAPÓN FILAS, quien como SARTHOU y RENDÓN VÁZQUEZ fue un severo crítico, incluso de la semántica utilizada -“estabilidad relativa impropia”- de un sistema normativo infra constitucional, que en ambas orillas del Plata, mantuvieron un modelo de insuficiente protección contra el despido arbitrario. Para CAPÓN FILAS como SARTHOU, el contenido y la solución expresada en el Art. 245 de la LCT sin admitir la revisión de la extinción misma deviene inconstitucional. Un tema para el debate que se viene, anticipado hace décadas por ambos iuslaboralistas de fuste. Y en esa misma dirección apuntó, como hemos visto, el Tribunal Constitucional de Perú. Agrega CAPÓN FILAS que aquella normativa antidiscriminatoria rompe ese vetusto molde de inseguridad existencial y jurídica al sostener la nulidad absoluta del acto discriminatorio que le quita su eficacia jurídica al reintroducir el renacimiento del vínculo fenecido.

Se ha sostenido en la doctrina jurisprudencial que toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esa última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que funda un ordenamiento social justo (*Fallos* ,246:345). A ello se agrega lo señalado en “Vizzoti” en cuanto se puso de manifiesto que “el Art. 14 bis, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del Art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula ...” (*Fallos*, 327:3667, considerando 9°).

Figueroa, quien seguirá después siendo Ministro de Trabajo durante el menemismo de los 90.

En definitiva, cabe reiterar lo expuesto por la CSN. en el caso “Madorrán”, en cuanto sostuvo que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales de jerarquía supra legal y muy especialmente del “PIDESC” -Art. 2.1-; “Aquino”, cit., p. 3774/3777, y “Milone” cit., p. 4619, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (cfr. Autos: M. 1488. XXXVI, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”, sentencia del 3 de mayo de 2007, Considerando 8º, párrafo 3º y sus citas).

Así se viene consagrando una modesta utopía realizable, un cambio civilizatorio en el sistema laboral que amplía el modelo de democracia en el ámbito de la conflictividad inmanente al mundo del trabajo.

El despido discriminatorio es doblemente ilícito. Y aun para otros, que aún vacilan en descalificar al despido injustificado como hecho ilícito, al menos no dudan que en el caso del despido discriminatorio, se incurre en un abuso del derecho en los términos del artículo 1071 del CCivil. Por este camino llegan al mismo resultado de negarle carácter extintivo y admitir su nulidad.

Todos estos conceptos son los que matizadamente se han perfilado en esa saga de fallos señeros de la Justicia Laboral que han disparado una nueva etapa en el Derecho Laboral argentino. En el interior del país, se han sucedido pronunciamientos de similar contenido discursivo y análogo resultado consistente en lo que se considera la reparación plena del trabajador objeto de un despido discriminatorio. Y ese debate comienza a expandirse a otros Estados de Latinoamérica. Lo han asumido en recientes documentos y declaraciones las más

Trabajo y Derechos

relevantes entidades representativas de abogados laboristas -ALAL- y de jueces del fuero del trabajo en la región -AJDT-. Su propagación y su calidad argumental, en cuanto a rigor jurídico, anticipa un fenómeno de amplia recepción en otros países de Latinoamérica especialmente en el actual contexto de integración regional estimulante, que se verifica con respuestas políticas alternativas al neoliberalismo y sus efectos.

Respondiendo a los reclamos de los sectores más vulnerables, los gobiernos progresistas de la

región se están valiendo del Estado para desarrollar políticas sociales, reimpulsando el desarrollo económico con la elevación del empleo más digno y decente, lo que debe incluir necesariamente la condición de trabajo estable y en paralelo la reducción de la brecha social con el consiguiente aumento del poder adquisitivo de los salarios, como política de mejora distributiva ⁶⁵.

No se puede ignorar el rol impulsor que, en ese proceso y continuo debate sobre el derecho al trabajo y a la estabilidad, han tenido instituciones ligadas al Derecho del Trabajo como la AAL (Asociación de Abogados Laboristas) -durante el último medio siglo- y desde hace una década los Foros de Institutos de Derecho Laboral de los Colegios de Abogados de la Pcia.

65 El futuro de América Latina se decide entre la profundización de las transformaciones apenas empezadas por decisiones progresistas por algunos de sus gobiernos o la restauración conservadora en sintonía con los años 80 y 90. En esta última década se asiste, en distintos países de la región a un cambio o viraje consistente en intentos de salida o superación de políticas neoliberales, especialmente referidas a lo social y al mundo del trabajo, allí donde se evidenciaba el eslabón más frágil de la cadena neoliberal.

El futuro sigue abierto, la disputa hegemónica frente al agotamiento del neoliberalismo y las alternativas, entre lo viejo que insiste en sobrevivir y lo nuevo que encuentra dificultades para nacer, es lo que marca el presente latinoamericano.

La verdadera estabilidad en el empleo integra la agenda de asignaturas pendientes en el proceso de construcción de una nueva hegemonía democrática y en un expansivo marco de un nuevo nacionalismo democrático, ahora en escala latinoamericana.

de Bs. As. y la producción académica y social del Observatorio Jurídico de CTA (Central de Trabajadores de Argentina) ⁶⁶.

Esa proyección latinoamericana también se retroalimenta por el laboralismo brasileño, con base normativa constitucional desde 1988 respecto de la prohibición de las conductas discriminatorias que abarca a las relaciones individuales y a los derechos sociales (Art. 7). En 1995 se sancionó la ley 9029.

Se establece la prohibición de adopción de cualquier práctica discriminatoria, no sólo respecto del acceso al empleo sino en relación a su mantenimiento. La ruptura de la relación de trabajo por acto discriminatorio permite al empleado optar entre la readmisión con resarcimiento integral de todo el período de alejamiento mediante pago de las remuneraciones debidas, con la corrección monetaria con más los intereses legales. No se discute la readmisión o reinstalación del trabajador despedido por un acto discriminatorio. La ley laboral específica lo reafirma.

Debieran tomar nota de este ejemplo quienes, en nuestro país desde lo institucional, siguen cajoneando la ratificación del Convenio 158 de OIT y la sanción de una ley laboral específica similar a la brasileña, que despeje finalmente el debate, enturbiado por los que resisten la aplicación de la ley 23.592 a las causas laborales. Si se supera esa asignatura pendiente

66 Contrastando con el activismo sindical alternativo -CTA- y los de procedencia tan plural, reivindicativo del derecho a la estabilidad real, lamentablemente se asiste a un prolongado y paralelo significativo silencio de la CGT, que no puede pasar desapercibido. Vacío que es fundamental que sea superado por esa expresión del sindicalismo con un accionar acorde y en el mismo sentido, que le dio protagonismo en la primera mitad de la década de los 70, cuando algunos de sus principales sindicatos adheridos intervinieron con una producción de propuestas legislativas, previas a la sanción de la LCT, que reivindicaban expresamente el derecho de los trabajadores a una estabilidad real en el empleo. Una tradición que, incluso, se remontaba a una larga data, como en 1940 el Estatuto de los trabajadores bancarios, luego los de la actividad del seguro y que se reeditó por la vía de la autonomía colectiva en distintos convenios colectivos.

Trabajo y Derechos

nos colocaría más firmemente en el ritmo universal de los derechos humanos en clave laboral.

En esa gesta tanto los abogados laboristas como lo vienen plasmando los jueces del Trabajo organizados institucionalmente en Latinoamérica, consagran las propuestas y expresiones que se impulsa desde un sindicalismo, consciente de la importancia del derecho a la estabilidad efectiva como derecho en sí mismo y como derecho para alcanzar y ampliar otros derechos, consolidar el principio de inmunidad y de irrenunciabilidad de los derechos, cualquier sea la fuente en que se originen esos derechos. Ese sindicalismo comprende que al trabajador de a pie no se le puede someter al riesgo de perder el empleo cuando se lo convoca a lucha por reivindicaciones. Se trata de garantizar esas posturas heroicas. Hay que brindarle seguridad jurídica como un antídoto contra un violento y perverso disciplinamiento social empresarial. Esto debiera ser compartido por todas las expresiones políticas del sindicalismo que anhelamos, marchando separados pero golpeando juntos en temas que no admitirían discrepancias. Es el caso del despido injusto que no sólo afecta a quien individualmente lo sufre. Los sindicatos tendrán más fuerza y mejor actuación en el ámbito de la empresa y en la gestión política sindical si sus trabajadores pueden acompañar sus reivindicaciones contando con seguridad existencial y jurídica. La precariedad es un deleznable recurso estratégico empresarial que tiene como blanco también al sindicalismo.