

IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Guayaquil, 2 a 4 de Octubre de 2013.-

Tema 1:

El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo.

Relator: C. Gustavo Ferrante*

- 1. ¿Contiene la enunciación de fuentes del ordenamiento jurídico de su país la jurisprudencia como una fuente formal del Derecho? De ser así, ¿cuál es el rango jurídico de las disposiciones que así lo contemplan?**

Argentina es un país federal, conforme el cual las provincias conservan todo el poder que no haya sido delegado al gobierno federal (art. 124 de la Constitución Nacional).

Corresponde al Congreso Nacional dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos separados o unificados (arts. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional).

Sin perjuicio de ello, el mismo artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional dispone que la aplicación de la legislación precedentemente citada corresponde a los tribunales federales o provinciales “*según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones*”.

Vale esta aclaración preliminar porque, si bien en general este relato va a hacer referencia a legislación nacional, cabe señalar que las leyes procesales son dictadas por la Nación para los tribunales nacionales y federales, y por cada una de las provincias para sus respectivas jurisdicciones.

En la legislación dictada por el Congreso Nacional de acuerdo con las facultades que le asigna el artículo 75 inciso 12, no se contempla que la jurisprudencia sea fuente formal del Derecho. Ello no obstante, en general la doctrina coincide en afirmar que “la ley no es solo lo que su

* Con un especial agradecimiento por sus valiosos aportes de ideas y de material a los Dres. Liliana Rodríguez Fernández, María Delia Luzuriaga y Javier Fernández Verstegen y al sr. Facundo Perelli.

texto afirma sino lo que al respecto interpretan los jueces que la aplican en un caso concreto.”¹

Como se verá más adelante (en el punto 2), sí existen normas procesales aplicables por los tribunales nacionales y federales y otras dictadas por los congresos de algunas provincias que le asignan obligatoriedad a ciertos fallos, las cuales obligan sólo a los tribunales que correspondan de cada una de estas jurisdicciones.

2. ¿Cuál es la fuerza vinculante de la jurisprudencia en su país respecto de otras resoluciones?

Si bien como se ha dicho no es fuente formal del Derecho, ello no implica que la jurisprudencia carezca de fuerza vinculante.

- Por un lado están las interpretaciones de la ley que hacen los “fallos plenarios” de las distintas Cámaras de Apelaciones de la Justicia Nacional, incluyendo la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Conforme lo prevé el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los fallos plenarios son obligatorios “para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria.”

Los “fallos plenarios” son un mecanismo limitado de unificación de la jurisprudencia desde que la doctrina de los mismos sólo obliga a los jueces de la Cámara de Apelaciones que lo dictó y a los jueces de primera instancia que dependen de ella, y tienen una vigencia de 10 años.

Los “fallos plenarios” se dictan a pedido de parte. Cuando una sentencia contradice la interpretación de una norma legal realizada por otra Sala del mismo fuero dentro de los 10 años anteriores, la parte afectada puede interponer el llamado “recurso de inaplicabilidad de ley” a fin de que todos los jueces de la misma Cámara de Apelaciones, por mayoría simple, resuelvan cual es la correcta interpretación.

Aún cuando el artículo 303 del CPCCN limita el recurso de inaplicabilidad sólo a divergencias en lo relativo a la interpretación de la ley, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha dictado varios fallos plenarios en relación con la interpretación de distintas normas contenidas en convenios colectivos.

¹ Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada dirigida por Antonio Vázquez Vialard, T° I, pág. 64.

Una vez que tal recurso es aceptado por la Cámara, se suspende el dictado de sentencia en todos aquellos juicios que versen sobre el mismo tema hasta tanto la Cámara en su conjunto fije la doctrina legal a aplicar.

- Mención especial cabe formular respecto del prestigio de ciertos tribunales y del seguimiento que de su doctrina hacen los demás tribunales.

La doctrina fijada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, si bien no es obligatoria para los demás tribunales del trabajo del país, resulta en general una referencia muy importante por el prestigio de la misma.

- Hacen ya muchos años que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto también que si bien sus fallos resultan aplicables sólo al caso en el cual han sido dictados, la doctrina que surge de los mismos debiera ser seguida por los tribunales inferiores del país fundamentalmente por razones de economía procesal, para evitar lo que ha llamado un “inútil dispendio jurisdiccional”.

Tal doctrina es generalmente seguida por los tribunales inferiores del país, lo cual le asigna a ciertos fallos de la Corte Suprema de la Nación una relevante fuerza vinculante de hecho.

- Independientemente de lo expuesto, conforme el artículo 116 de la Constitución Nacional le corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen por puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación.

En la mayoría de tales casos la Corte ejerce su jurisdicción por apelación, según las normas dispuestas al respecto por el Congreso Nacional (Ley Nacional N° 48 y su reglamentación, Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia). En muy limitados casos, como lo son aquellos que conciernen a embajadores, ministros o cónsules extranjeros o cuando alguna provincia fuera parte, la Corte Suprema de la Nación ejerce jurisdicción originaria y exclusiva (artículo 117 de la Constitución Nacional).

- Finalmente, algunas constituciones provinciales “establecen la obligatoriedad para el juez de adecuar su sentencia al criterio determinado por los tribunales superiores.”²

² Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada dirigida por Antonio Vázquez Vialard, T° I, pág. 66.

3. ¿Existen medios para dar publicidad a la jurisprudencia? De existir ¿cuáles son y cuál es el nivel de acceso de esta jurisprudencia a la población?

El acceso a la jurisprudencia es amplio.

Además de que, en principio, el acceso a cualquier sentencia es libre, existe un número importante de editoriales que publican los fallos que consideran más relevantes tanto de manera escrita como en forma electrónica.

Asimismo, es muy común que en aquellos casos en los cuales se dictan fallos de relevancia o de importancia para la población en general, los mismos sean ampliamente comentados y/o publicados en los medios periodísticos.

4. ¿Existe en su país algún mecanismo de unificación de la jurisprudencia?

Existen, como se ha explicado más arriba (punto 2), los “fallos plenarios”. Los mismos constituyen un mecanismo de unificación de la jurisprudencia con efectos limitados a cada Cámara de Apelaciones.

En su último mensaje de apertura de las sesiones del Congreso Nacional, la Presidenta de la Nación ha informado sobre la intención del Poder Ejecutivo Nacional de promover la creación de nuevas Cámaras de Casación en lo Contencioso Administrativo, en lo Civil y Comercial, y en lo Previsional y Laboral, “para que haya una tercera instancia que aligere y pueda darle mayor transparencia al sistema judicial, antes de que una causa sea elevada a la Corte Suprema.”.

Aún no se han dado a conocer los proyectos de ley respectivos, de manera que no es posible precisar aún el rol que habrán de cumplir en lo relativo a la unificación de la jurisprudencia.

5. ¿Se ha dado en su país algún factor jurídico o de otra índole que haya potenciado el papel de la jurisprudencia en el campo laboral?

Históricamente, la jurisprudencia ha jugado un papel preponderante en el campo laboral. Es más, cuando en el año 1974 se dictó la Ley de Contrato de Trabajo, que fue el primer cuerpo orgánico en considerar de manera unificada la mayoría de las instituciones del derecho individual del trabajo, se sostuvo que en gran medida era una recopilación de la jurisprudencia prevaleciente en el país.

Al respecto se ha dicho: “Es innegable, empero, que el origen de ciertas normas encuentran eco en esta fuente de Derecho del Trabajo (en referencia a la jurisprudencia). Hay quienes consideran que hasta el 80%

del Derecho positivo laboral y muy especialmente las normas previstas por la Ley de Contrato de Trabajo se fundan en creaciones jurisprudenciales previas.”³

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia ha dictado diversos fallos, invocando en varios casos los tratados internacionales que se han incorporado a la Constitución Nacional en el año 1994, los cuales han marcado un nuevo rumbo en la jurisprudencia de todo el país en muy diversos temas laborales.

Así, se pueden citar los siguientes fallos:

- “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud”, dictado el 07/12/2010, el cual confirmó la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en cuanto determinó que la ley 23.592, citada en el punto 12 resulta aplicable a la relación de trabajo privada, razón por la cual corresponde disponer la reinstalación de un trabajador que fue víctima de un despido discriminatorio.
- “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales”, dictado el 21/09/04, declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo en cuanto excluye a los trabajadores afectados por un accidente de trabajo de la vía reparadora del Código Civil. Al respecto consideró que tal limitación comporta un retroceso legislativo en el marco de protección que pone a esta en grave conflicto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que esta plenamente informado por el principio de progresividad y que “mortifica el fundamento definitivo de los derechos humanos enunciado por la Declaración Universal de Derecho Humanos, esto es la dignidad del ser humano”.
- “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones”, el cual resolvió que el art. 41, inc. a) de la ley 23.551, en la medida que exige que los “delegados del personal” y los integrantes de “las comisiones internas y organismos similares” previstos en su art. 40, deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta— viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional pues afecta la libertad sindical de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, toda vez que los constriñe a adherirse a la asociación

³ Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario Ackerrman, Tomo 1, pág. 566

sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el mismo ámbito, de otra simplemente inscripta y la libertad de las asociaciones al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas, excediendo de el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos.

- “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas“, dictado el 20 de mayo de 2007, que confirmó lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en cuanto declaró nulo el despido de la actora, así como nulo e inconstitucional el art. 7º del Convenio Colectivo de Trabajo Nº 56/1992 que modificaba el régimen de estabilidad absoluta de los empleados públicos. En función de ello, la demandada debió reincorporar a la actora y pagarle los salarios caídos durante la tramitación del juicio.
- “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo” dictado el 15/11/2011, el cual revocó un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en lo relativo al “onus probandi” en reclamos por despidos discriminatorios y dispuso que la parte que afirma la existencia de un motivo discriminatorio debe acreditar hechos que prima facie evaluados resulten idóneos para inducir tal discriminación y que en tal caso le corresponde a la parte demandada la prueba de que el despido tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, todo lo cual debe ser evaluado por los jueces de la causa de conformidad con las reglas de la sana critica.
- “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A”, dictado el 01/09/2009, que revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c) de la L.C.T. (texto según ley 24.700 de 1996) y dispuso que los vales alimentarios que entregaba la demandada debían ser considerados salario (y no “beneficios sociales”) y sumados a la base remuneratoria destinada al cálculo de las indemnizaciones derivadas de su despido.
- “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional – Armada Argentina s/ sumarísimo”, dictado el 9/12/2009, que revocó la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y declaró la inconstitucionalidad de la ley 23.551, reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida, en tanto limita a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en su artículo 52 (relativo a la

estabilidad de las personas que ocupan cargos electivos o representativos en las asociaciones gremiales), por considerar que dicha norma ha violentado, de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones gremiales más representativas.

- “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Asistencia Médica Social Argentina S.A. (AMSA) s/ despido” dictado el 14/09/2004 y que con fundamento en normas constitucionales y diversos tratados internacionales, resolvió la inconstitucionalidad del Artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto el tope previsto en el mismo para el pago de la indemnización por antigüedad debida con motivo de un despido incausado en la medida que implique computar menos de un 67% del salario mensual por cada año de servicio.

6. ¿Cuáles instrumentos de derecho humanitario internacional, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, se utilizan con más frecuencia en los tribunales de su país y cuál es la fuerza vinculante de tales instrumentos?

En primer lugar resultará útil a los fines de responder a esta cuestión citar los documentos de derecho humanitario internacional que han sido ratificados por Argentina y que, conforme se explica al responder el punto 8 de este cuestionario, se han incorporado como parte de nuestro derecho positivo a nivel constitucional en algunos casos y en un nivel superior al de las leyes en otros.

Así, con nivel constitucional, se han incorporado “*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.*”

En el plano supralegal, esto es con jerarquía superior a las leyes, corresponde mencionar por su vinculación con el tema discriminación a El Protocolo Nacional a La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), La Convención Interamericana para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, La Convención Interamericana Contra Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, La Declaración Socio- Laboral y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur y los Convenios de la OIT nros. 87 sobre Libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 95 sobre la Protección del salario, 98 sobre Derecho de sindicación y de negociación colectiva, 100 sobre Igualdad de remuneración, 111 sobre Discriminación (empleo y ocupación), 135 sobre Representantes de los trabajadores, 138 sobre Edad Mínima, 156 sobre Trabajadores con responsabilidades familiares, 159 sobre Readaptación profesional y empleo (personas inválidas), 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes y 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto también que los tratados internacionales se deben interpretar “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como resulta de las condiciones de aplicación en su ordenamiento jurídico propio.⁴

7. ¿Ha ratificado su país los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo? La jurisprudencia de los tribunales de su país ¿aplica estos convenios? Aparte de los dos convenios anteriores, ¿qué otros convenios de OIT o convenciones de la ONU ha ratificado su país en temas tales como protección de trabajadores migrantes, protección de la población indígena, protección de los derechos de la mujer, o protección de cualquier otra minoría?

Efectivamente, Argentina ha ratificado los Convenios 100 y 111 de la OIT mediante Decreto-Ley 11.595 del año 1956 y la Ley 17.677, respectivamente.

La jurisprudencia aplica y ha aplicado de manera habitual los Convenios de la OIT y otros en distintos fallos, de los cuales destacamos, por ejemplo, los siguientes:

- Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Álvarez Maximiliano c/Cencosud”(ver punto 5), el cual entre otras normas se fundamentó en el Convenio 111 de la OIT.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, en los autos “Fanjul, Patricia c/ Editorial Sarmiento” que dispuso la reincorporación de una activista gremial con fundamento en el convenio 98 de la OIT.

⁴ Informe sobre el “Estado actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina” presentado en el año 2008 por el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, pág. 142.

- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, en los autos caratulados “Martínez, Becerra c/ De la Vega” el cual con fundamento en distintos tratados internacionales dispuso el pago de la indemnización agravada por despido por causa de maternidad a una trabajadora despedida durante el periodo de prueba.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, en los autos caratulados “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo”, Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. y Quispe Quispe c/ Compañía Argentina” que dispusieron la reincorporación de una activistas gremiales con fundamento en distintos tratados internacionales.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, en autos caratulados “Balaguer, Catalina c/ Pepsico” que con fundamento en el convenio 98 de la OIT y otros tratados internacionales dispuso la reincorporación de una activista sindical.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, en autos caratulados “Corbalán, Carlos c/ Radio Emisora Cultural” que con fundamento en el convenio 98 de la OIT dispuso la restitución de un plan de cobertura médica del cual había sido privado un delegado gremial meses antes que sus compañeros.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, en los autos caratulados “Lugones, Elisa c/ Qualytel” que dispuso con invocación de distintos tratados internacionales la reincorporación de una mujer embarazada que había sido despedida durante el periodo de prueba.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, en los autos caratulados “Castro, Erika c/ Casino Buenos Aires” que dispuso la reinstalación de un activista gremial con fundamento en el convenio 98 de la OIT.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, en los autos caratulados “González, Gerardo c/ Casino Buenos Aires” que dispuso la reinstalación de un activista gremial con fundamento en el convenio 98 de la OIT.

En cuanto a otros Convenios ratificados por Argentina, nos remitimos al punto 6.

- 8. ¿Existe regulación específica a nivel constitucional, en su país, para regular el principio de no discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y en relación con la terminación del empleo?**

La Constitución del año 1853 consagró el principio de no discriminación de una manera específica al disponer en su artículo 16, que continúa vigente, que todos los habitantes de Argentina “...son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

Como dice Jorge Rodríguez Mancini, si bien “la garantía de admisión en los empleos sin otra condición que la idoneidad se refiere indudablemente al empleo público, la norma constitucional ha sido la base original del desarrollo posterior, que ha extendido el principio de igualdad ante la ley al de la igualdad jurídica”.⁵

La reforma a la Constitución dispuesta en el año 1957 incorporó a la misma los llamados “derechos sociales”, contenidos en el artículo 14 “bis”, el cual dispone que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ..., retribución justa;...; igual remuneración por igual tarea;...”.

La reforma introducida a la Constitución Nacional en el año 1994 ha ampliado “el marco que asegura el tratamiento igualitario y no discriminatorio, fundamentalmente por dos vías: en forma directa, con normas expresas que incorpora la reforma, y por vía indirecta, por el contenido de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que revisten jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 3° párrafo) o de los convenios de la OIT ratificados por nuestro país, cuyas normas tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, 2° párrafo)”⁶.

En cuanto al tema que nos ocupa, adquieren relevancia las siguientes incorporaciones:

- a) El nuevo artículo 43, que dispone que los reclamos por discriminación pueden ser interpuestos por vía de acciones “de amparo”.
- b) El nuevo artículo 75, inciso 19, que prevé la competencia del Congreso Nacional para “*Sancionar leyes de organización y de base de la educación que ... aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación,*
- c) El nuevo artículo 75, inciso 22, en su parte pertinente dispone que *la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Convención*

⁵ Derechos fundamentales y relaciones laborales, pág. 162

⁶ Carlos Alberto Livellara, “A propósito de la estabilidad impropia en el Derecho Argentino”, Anuario 2011 de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 166.

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”.

- d) La frase final del primer párrafo del mismo artículo 75, inciso 22, en cuanto dispone que “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*”

De esta manera se han incorporado al Derecho Argentino, con jerarquía superior a las leyes distintos convenios internacionales entre los cuales se incluyen los citados en el punto 6.

Desde un punto de vista legal hay que mencionar como normas laborales las de los arts. 17, prohibición de hacer discriminaciones, 81, igualdad de trato, 178, presunción de despido por causa de embarazo y 180, nulidad del despido por causa de matrimonio, de la ley de Contrato de Trabajo, el art. 4º del Anexo II del Pacto Federal del Trabajo (ver punto 14) y la referencia que contiene el artículo sin número que encabeza el capítulo 8 de la Ley de Contrato de Trabajo, incorporado por la ley 24.576, donde se reputa como Derecho fundamental de los trabajadores “La promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso y trato”.⁷

9. ¿Existe la práctica de contemplar en los convenios colectivos de su país la regulación y solución de medidas discriminatorias en el empleo? Si la respuesta fuera positiva, ¿cuáles son las regulaciones más frecuentes?

En general los convenios colectivos se limitan a expresar genéricamente la prohibición de hacer discriminaciones pero no incluyen medidas tendientes a solucionar las situaciones que eventualmente se presenten.

La Comisión de Expertos propuso justamente que fueran los convenios colectivos y los estatutos especiales las herramientas para introducir paulatinamente figuras tendientes a reemplazar el sistema actual de extinción de los contratos de trabajo⁸, reflexión que es igualmente aplicable a todo lo relativo a discriminaciones en el marco del Derecho del Trabajo.

⁷ “Derechos fundamentales y relaciones laborales”, por Jorge Rodríguez Mancini, pag. 163, Editorial Astrea, año 2004.

⁸ Obra citada en nota 4, pág. 241

10. Dejando por fuera la discriminación por raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social ¿Existe algún otro tipo de discriminación debidamente tipificada o contemplada por la jurisprudencia de su país, que no se haya mencionado en los apartados anteriores?

Como se ha expuesto, los avances de la jurisprudencia en lo relativo a discriminación han sido relevantes.

Así, diversos fallos han resuelto el pago de indemnizaciones por daño moral en casos en los cuales se tuvo por probado que el trabajador no fue contratado o que su despido estuvo motivado en la circunstancia de que el trabajador fuera portador de HIV.

Igual solución han adoptados otros fallos cuando la prueba demostró que padecían otras enfermedades que de ninguna manera implicaban una limitación para cumplir las tareas respectivas.

Sendos fallos han resuelto también la reincorporación de trabajadores cuando la prueba demostró que los despidos obedecieron al hecho de haber prestado declaración a favor de un ex-empleado en juicio con su empleador⁹ y por haber iniciado el trabajador demanda contra su empleador mientras estaba vigente la relación laboral¹⁰.

Son varias también las sentencias que se han pronunciado en casos de discriminación por razones de edad y que inclusive han declarado la inconstitucionalidad de normas legales o que imponían un límite de edad para postularse como docentes o como notarios públicos.¹¹

Desde el punto de vista legal se han tipificado diversas formas de discriminación, tales como:

- Ley de Contrato de Trabajo: Artículos 178 (embarazo) y 181 (matrimonio).
- Leyes 23.753 y su complementaria 25.788, que establecen que la diabetes no será causa de impedimento para el ingreso laboral y que el desconocimiento de este derecho constituye discriminación en los términos de la Ley 23.592.

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, Agosto de 2009, autos "Lezcano, Víctor c/Ingelplam S.A., Derecho del Trabajo 2009 (noviembre, pág. 56)

¹⁰ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Agosto de 2012, autos "Sffaeir, Carolina contra Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH). Despido"

¹¹ Compilación temática de jurisprudencia, por Raúl Horacio Ojeda, Revista de Derecho Laboral, 2008-2, pág. 563 yss.

- Ley 23.798 que expresamente veda cualquier marginación, estigmatización, degradación o humillación por el hecho de padecer SIDA.
- Ley 25.404, que protege a los trabajadores que padecen epilepsia de manera similar a los que padecen diabetes.
- Ley 26.281, que protege a los trabajadores que padecen el Mal de Chagas de manera similar a los que padecen diabetes y epilepsia.

11. ¿Cuáles son los grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral en su país? ¿Qué medidas discriminatorias son las que atienden los tribunales con más frecuencia, en relación con el empleo?

Si bien no conozco que existan estadísticas al respecto, un rápido paneo de las sentencias más relevantes dictadas sobre el tema arroja que la gran mayoría han sido dictadas en el marco de reclamos por discriminación por motivos sindicales.¹²

Luego, en situaciones más o menos parejas, encontramos casos sobre discriminación por maternidad, por matrimonio, por HIV y por otras enfermedades.

En general se trata de casos en los cuales se reclama por despidos discriminatorios persiguiendo la reincorporación y/o el pago de las indemnizaciones tarifadas con más los daños materiales y morales ocasionados.

Independientemente de lo expuesto y si bien ello no se ha traducido en una cantidad de reclamos significativos, las personas mayores de 40 años de edad son víctimas también de discriminación directa o indirecta como se puede advertir de la lectura de las búsquedas de personal publicadas en los periódicos. Al respecto, el INADI ha producido un informe en el año 2009 conforme el cual de un total de 3668 avisos de empleo publicados, un 22% incluían límites etarios, y de éstos un 74% se dirigía a personas menores de 40 años y el 26% restante admitía a mayores de esa edad, aunque en general hasta un máximo de 45 años.

12. ¿Cuáles considera usted son los retos a los que se enfrenta su país en la tutela de la no discriminación en materia laboral? ¿Qué situaciones quedan por fuera de la actual regulación?

La actual regulación legal no ha excluido de la prohibición que contiene ninguno de los motivos de discriminación posibles.

¹² Concordantemente, Liliana Rodríguez Fernández en Despido Discriminatorio, Anuario 2011 de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 241.

En efecto, el artículo 1° de la Ley 23592, dictada en el año 1988, dice así:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. “

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto fin a una controversia doctrinaria y jurisprudencial sobre si la Ley 23592 resultaba aplicable o no a las relaciones laborales privadas, resolviendo que sí y que la disposición de la misma en cuanto prevé la posibilidad de “dejar sin efecto el acto discriminatorio”, resulta aplicable también en el caso de extinción del contrato de trabajo.

Consecuentemente, dispuso la reinstalación en su puesto del trabajador despedido por motivos discriminatorios (en el caso, su actuación como activista gremial).¹³

En cuanto a los retos que enfrenta el país en este tema, señalo los siguientes:

- a) La protección de los trabajadores en lo relativo a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Si bien existen unos pocos fallos sobre este tema, a los cuales se hará referencia en el punto 12, es importante que se avance por vía legal o convencional en lo relativo a la protección contra la discriminación al momento de la contratación.

El Informe ya citado de la Comisión de Expertos señalaba en el año 2008 la necesidad de revisar lo concerniente a la responsabilidad precontractual frente a la carencia de normas específicas al respecto en nuestro ordenamiento legal y hacía referencia a las “declaraciones juradas” que imponen en muchos casos las solicitudes de empleo, a los interrogatorios que se realizan poniendo en riesgo derechos personales y personalísimos de los trabajadores y la disponibilidad de sus derechos sociales.¹⁴

¹³ Ver fallo “ Alvarez c/ Cencosud” al que se hace referencia en el punto 5.

¹⁴ Obra citada en nota 4, pág. 193/194.

Como consecuencia de ello, la Comisión de Expertos recomendaba específicamente que se diseñara un sistema de responsabilidad precontractual que preservara al aspirante al empleo de las prácticas discriminatorias, las exigencias que violen la intimidad o los derechos personalísimos del trabajador, y la paulatina implementación de condiciones igualitarias para el acceso al empleo¹⁵, aspectos estos sobre los cuales no se ha avanzado.

- b) La promoción de la negociación colectiva sobre temas de discriminación sigue siendo una deuda. En efecto, la Comisión de Expertos decía sobre el particular que en materia de igualdad y no discriminación, “hay un notorio déficit de tratamiento en los convenios colectivos. Hay que promocionar la inclusión de normas sobre igualdad en los instrumentos convencionales, cuya utilidad sería inapreciable en la lucha contra la discriminación ...”.¹⁶

A pesar del tiempo transcurrido, los actores sociales no han efectuado esfuerzos relevantes en este aspecto.

- c) La necesidad de revisión integral en lo relativo a la protección contra el despido arbitrario.

Parafraseando lo expuesto por la Comisión de Expertos¹⁷, puede sostenerse que el actual sistema de indemnizaciones tarifadas frente al despido injustificado y el hecho de que termina siendo un instituto frecuentemente utilizado como forma encubierta de sanción al trabajador por el ejercicio de sus derechos, ha generado una creciente ola de reclamos de reinstalación en el empleo o del pago de indemnizaciones adicionales por daño material y/o moral invocando que tales despidos obedecieron a razones discriminatorias.

En el año 2009 y en sentido concordante, decía el Dr. Ricardo Guibourg que era “... inevitable que los despidos arbitrarios se deslicen poco a poco hacia la protección antidiscriminatoria y esta última, paulatinamente privada de su especificidad, acabe por modificar el sistema de estabilidad del Derecho del Trabajo en nuestro país sin que una decisión legislativa así lo haya dispuesto.”

Esto es que, frente a una indemnización tarifada que aplica a los casos de despido sin justa causa que algunos consideran insuficiente para cumplir con el mandato constitucional de proteger a los trabajadores “contra el despido arbitrario”, algunos fallos han comenzado a interpretar de manera amplia en concepto de “despido

¹⁵ Idem pág. 214.

¹⁶ Idem, pág. 284.

¹⁷ Idem. pág. 235 y ss,

discriminatorio” en lo que podría ser una tendencia para disponer reincorporaciones o imponer el pago de indemnizaciones adicionales a las establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo.

Al respecto se puede observar una tendencia jurisprudencial a considerar, por ejemplo, que son despidos discriminatorios casos que nada o poco tienen que ver con ello, como el caso de la reincorporación que se dispuso de un trabajador despedido sin justa causa y cuyo despido supuestamente se produjo por haber declarado como testigo en un juicio de un ex-empleado contra su empleador.¹⁸

- d) Discriminación en el trabajo infantil: la necesidad de afinar los criterios de autorización (por la autoridad competente de cada jurisdicción) y de inspección (por parte de inspectores debidamente capacitados) para evitar que en los procesos de selección para trabajos artísticos se incurra en conductas discriminatorias que, por sus características, pueden llegar a ser altamente perjudiciales para los niños involucrados.¹⁹

13. ¿Qué tratamiento ha dado la legislación interna de su país a la carga de la prueba en temas de discriminación en las relaciones de trabajo?

Desde el punto de vista legislativo, si bien por un lado resulta de aplicación el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto impone la carga de la prueba de los hechos a quien los invoca, diversas normas legales posteriores y fundamentalmente las labor de la doctrina y la jurisprudencia han producido un avance positivo en esta materia.

Desde el punto de vista legal, es necesario complementar el artículo 377 del CPCCN con las siguientes normas legales:

- a) El artículo 163, inciso 5°, párrafo 2° del CPCCN, dispone: *“Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.*

Asimismo agrega que *“La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento*

¹⁸ Ver fallo citado en la nota 9.

¹⁹ Liliana Hebe Litterio, El trabajo infantil y adolescente en la Argentina. Las normas y la realidad, pag.259 y ss, Editorial Errepar, Buenos Aires 2010.

de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.”

- b) Por su parte el Art. 9 LCT, conforme fuera modificado por la Ley N° 26.428, que recepta el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, dispone: *“En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.”*

En este marco, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias y nacionales han flexibilizado la tradicional regla del artículo 377 del CPCCN “por aplicación de la que se ha dado a conocer como teoría de la carga dinámica de la prueba”.²⁰

La teoría de la carga dinámica de la prueba²¹ parte de la base de que el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad.

En función de ello, la carga de la prueba se debe colocar en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

En sentido concordante se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en los autos “Pellicori c/ Colegio Público de Abogados” al cual se hace referencia en el punto 5.

Con anterioridad a este fallo la Corte Suprema de Justicia había resuelto en el año 1988, en un fallo vinculado con discriminación salarial, que “el reclamante debe probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción, o sea, que le trabajador deberá acreditar “circunstancias” y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a valoración de los méritos de los dependientes, o a circunstancias de bien común, deberá acreditar estas afirmaciones.²² contra una supervisora resultante

²⁰ Jorgelina F. Alimenti, “Despido Discriminatorio”, Anuario 2011 de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 55.

²¹ “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, por Jorge W. Peirano, La Ley 1991-B, 1034

²² Álvarez Magliano – Fera, El derecho del trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pág. 69, citado por Jorge Rodríguez Mancini en Derechos fundamentales y relaciones laborales, pág. 227

14. ¿Existe en el ordenamiento jurídico de su país alguna vía procesal especial, distinta de la ordinaria, para el conocimiento por parte de tribunales administrativos o judiciales de los reclamos y denuncias por violación al principio de no discriminación? ¿Qué mecanismos se han implantado para la denuncia por parte de los afectados?

- En lo relativo a los reclamos de los trabajadores por violación al principio de no discriminación, el artículo 43 de la Constitución Nacional, agregado por la reforma del año 1994, dispone lo siguiente: *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación..., el afectado, ... y las asociaciones que propendan a esos fines,*

En función de lo expuesto, los reclamos tendientes a hacer cesar supuestas conductas discriminatorias tramitan habitualmente por el procedimiento de “amparo” o el “sumarísimo”, los cuales son procesos abreviados en materia de plazos y actos procesales admitidos.

- En el ámbito del Derecho Administrativo se creó mediante Ley 24.515 del año 1995, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

El INADI es un organismo descentralizado que comenzó sus tareas en el año 1997 y funciona en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Sus funciones se orientan a garantizarle el goce pleno de sus derechos a todas aquellas personas cuyos derechos se ven afectados al ser discriminadas por su origen étnico o su nacionalidad, por sus opiniones políticas o sus creencias religiosas, por su género o identidad sexual, por tener alguna discapacidad o enfermedad, por su edad o por su aspecto físico. A tal fin, tiene por función brindar un servicio de asesoramiento integral y gratuito a personas o grupos en situación de discriminación o víctimas de xenofobia o racismo, proporcionando patrocinio gratuito a pedido de la parte interesada e informando a la opinión pública sobre actitudes y conductas discriminatorias, xenófobas o racistas que pudieran manifestarse en cualquier ámbito de la vida nacional, especialmente en las áreas de educación, salud, acción social y empleo, provengan ellas de autoridades, entidades o personas privadas.

Si bien los dictámenes que el INADI produce “no causan estado ni crean ni modifican derechos y el valor de la prueba recolectada solo es eficaz dentro de la instancia administrativa, a la luz de los precedentes en las causas “Parra Vera”, “Arecco” y “Balaguer” dicho expediente conforma un indicio razonable para activar el desplazamiento del “*onus probandi*”, ubicándolo en cabeza de la patronal, que tendrá que justificar que si decisión de no incorporación, desplazamiento o extinción del vínculo tuvo como causa eficiente una diferente, objetivamente comprobable, de la denunciada como discriminatoria”²³.

Finalmente el INADI puede también iniciar las acciones a las que se refiere el art. 43 de la Constitución Nacional, a las cuales nos referimos más arriba.

- También en el ámbito del Derecho Administrativo pero, en este caso, Derecho Administrativo del Trabajo, en diciembre de 1999 se sancionó la Ley 25.212, que ratificó el denominado Pacto Federal del Trabajo.

El mismo vincula a la Nación y a todas las provincias e incluye un Anexo sobre el régimen de sanciones por infracciones laborales conforme el cual se consideran infracciones muy graves las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremial, residencia o responsabilidades familiares.

En caso de considerarse al empleador incurso en infracciones muy graves, el mismo será obligado a pagar una multa por cada trabajador afectado y, en caso de reincidencia, la sanción puede llegar a implicar la clausura del establecimiento hasta un máximo de diez (10) días, manteniéndose entre tanto el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones y el empleador quedará inhabilitado por un año para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si bien por el momento y a pesar del tiempo transcurrido desde la vigencia de esta Ley no conocemos de casos en los cuales se hayan aplicado tales sanciones, un futuro desarrollo de las funciones de las autoridades de policía del trabajo podría avanzar con controles en esta materia.

15. ¿Contempla el ordenamiento jurídico de su país formas de discriminación positiva que se manifiesten en el acceso al empleo,

²³ La discriminación originada en causas o motivos de salud, por Carlos A. Toselli, en Revista de Derecho Laboral, Tomo 2008-2, pág. 164.

durante el empleo y con ocasión de su terminación? ¿Ha creado la jurisprudencia en su país alguna forma de discriminación positiva que no esté en la legislación?

En lo relativo al ordenamiento jurídico, cabe citar las siguientes normas legales:

- Ley 25.674, que regula lo relativo a la participación femenina en las unidades de negociación colectiva de condiciones laborales y la integración de mujeres en cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales.
- Ley 22431, vigente desde el año 1981, la cual dispuso que el Estado Nacional, sus organismos descentralizados u autárquicos, los entes públicos no estatales y las empresas del Estado, deben emplear por lo menos un cuatro por ciento de trabajadores discapacitados, los cuales deben gozar de los mismos derechos y estar sujetos a las mismas obligaciones establecidas por la legislación para el resto de los trabajadores.
- Ley 23551, que protege a aquellos trabajadores que ejerzan cargos electivos o representativos en las asociaciones gremiales de trabajadores.

En lo relativo a la jurisprudencia, se ha señalado ya como diversos fallos, sobre la base principalmente de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, actualmente resuelven la reincorporación de los trabajadores cuando de la prueba producida resultara la existencia de cualquier tipo de discriminación.

Además de ello, dos fallos, uno de ellos reciente, han condenado a las demandadas a contratar mujeres por considerar que las mismas ejercían hasta ese momento una discriminación indebida a su respecto.

- Así, en el año 2002 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tuvo por acreditado que la demandada había preferido durante años contratar personal masculino y, con fundamento en la nueva redacción de la constitucional a partir del año 1994 y diversos tratados internacionales, entre los cuales de destaca el Convenio 111 de la OIT, dispuso condenarla a contratar en el futuro sólo personal femenino “hasta compensar en forma razonable y equitativa la desigualdad producida”.
- Más recientemente, en el año 2009, la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta resolvió condenar a las empresas demandadas a contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes existentes a la fecha de la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta ha modificado el fallo referido por considerar que no se había probado que se hubiera configurado un acto discriminatorio respecto de las actoras.

Sin perjuicio de ello, con fundamento en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer y lo previsto por la Ley 26.485, que dispuso para todo el territorio de la República garantizar la remoción de patrones socioculturales estereotipados que promueven y sostienen la desigualdad de género, a fin de asegurar la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres, considerando en especial la discriminación a mujeres en ámbitos de trabajo públicos o privados, la Suprema Corte de la Provincia de Salta resolvió “intimar a las empresas demandadas para que presenten en modo detallado ante la Autoridad Metropolitana de Transporte, en el plazo de quince días hábiles y bajo apercibimiento de astreintes, los requisitos exigidos por cada una de ellas para la admisión de postulantes a integrar sus respectivos planteles de choferes de unidades de transporte público, a fin de que aquélla ejercite las facultades que por ley le corresponden en cuanto al cumplimiento de los postulados establecidos por la ley 26485, sin perjuicio de otras medidas que con igual objeto dicho organismo pudiera adoptar en el marco de sus atribuciones.”²⁴

16. Si la respuesta a alguna de las preguntas anteriores fuera afirmativa, ¿cuál ha sido la suerte en la vida práctica de esa discriminación positiva? ¿Se aplica tal como es enunciada normativamente?

En general puede decirse que sí, cuando nos referimos a las disposiciones legales.

Es más, existe asimismo una creciente cantidad de empleadores privados comprometidos con ONG que se ocupan de realizar la evaluación de las capacidades laborales de las personas con discapacidad, con el objetivo de acompañar a cada trabajador para que detecte sus fortalezas y debilidades y así poder insertarse en el ámbito productivo, como así también de actuar como nexo entre los trabajadores con discapacidad y las empresas.

²⁴ “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva S.R.L. y otros s/amparo: elDial AA5979 y elDial AA5FBF, respectivamente.

17. ¿Qué tipo de sanciones se establecen en su país contra la discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de la terminación del empleo?

En primer lugar, la ya citada Ley 23.592 no solo prevé que se obligue a quien discrimina a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización sino también que deberá “*reparar el daño moral y material ocasionados*”.

Si bien no existen pautas objetivas para establecer cuál es el valor atribuible al daño moral y al daño material, ello necesariamente debe variar conforme las circunstancias de cada caso y el objeto de la litis.

En aquellos casos en los cuales el reclamo solo perseguía la reparación de los daños ocasionados, las resoluciones adoptadas han fijado el monto de los daños prudencialmente, para cada caso, pudiendo destacarse en particular la utilización por analogía de la indemnización aplicable al despido de mujeres en violación de la protección por casamiento y por maternidad, esto es un año de salarios, además de las indemnizaciones por la ruptura del contrato de trabajo.

En aquellos casos en los cuales se condenó a la demandada a la reincorporación, se ha incluido también la reparación de los daños y perjuicios ocasionados consistentes en los salarios caídos durante la sustanciación del proceso. Es más, en un caso en el cual la demandada había abonado las indemnizaciones legales por terminación del contrato de trabajo, se ordenó imputar la misma a salarios caídos y, si hubiera habido algún excedente, a daño moral.²⁵

Analizando cada una de los momentos reseñados en la pregunta, podría precisarse aún más diciendo:

- a. Acceso al empleo: corresponderán tanto el daño material como podría ser el hecho de haber renunciado a un empleo, como el daño moral.
- b. Durante el empleo, además del daño moral que corresponda conforme las circunstancias del caso, el daño material podría ser el pago de las diferencias salariales devengadas durante el período no prescripto y como consecuencia de la discriminación.
- c. Al tiempo de la extinción del contrato de trabajo habrá que agregar a las indemnizaciones por despido incausado, las que eventualmente correspondan conforme el daño moral y material que se alegue y pruebe siguiendo los criterios antes señalados.

²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, junio 2007, autos “Álvarez Maximiliano y os. c/Cencosud s/acción de amparo”

Se han citado también las disposiciones del Pacto Federal del Trabajo que contemplan la aplicación de multas y clausura del establecimiento para aquellos empleadores que incurran en discriminación.

18. ¿Existe algún proyecto de reforma legal para el establecimiento de procedimientos especiales que brinden mayor protección frente a la discriminación en el empleo o para tipificar nuevas formas de discriminación en ese campo?

Se transcriben a continuación sumarios sobre distintos proyectos de ley que actualmente se encuentran a consideración del Congreso Nacional:

• **Proyecto de ley con tramite parlamentario de fecha 01/03/2012:**

Sumario: Contrato de Trabajo – Ley 20744: Modificación del artículo 17, sobre prohibición de hacer discriminaciones, efectos.

Firmantes: Recalde, Hector Pedro – Pais, Juan Mario – Robledo, Roberto Ricardo – Salim, Juan Arturo.

Sanciona al empleador que incurrió en un acto discriminatorio a no solo dejar sin efecto dicho acto, sino también a resarcirlo al “momento anterior a producirse el acto discriminatorio y reparar el daño moral y material causado”.

Dicho Proyecto tiene media sanción en Cámara de Diputados.

• **Proyecto de ley con tramite parlamentario de fecha 29/08/2008**

Sumario: Contrato de Trabajo, Ley 20744: Sustitución del artículo 81 (Igualdad de trato a los empleados, no discriminación).

Firmantes: Recalde, Hector Pedro – Pais, Juan Mario – Ledesma, Julio Ruben – Gullo, Juan Carlos Dante – Cordoba, Jose Manuel – Massei, Oscar – Herrera, Griselda Noemi – Luna de Marcos, Ana Zulema – Pereyra, Guillermo Antonio – Arguello, Octavio – Depetri, Edgardo Fernando – Salim, Juan Arturo – Lopez, Ernesto Segundo – Bianco, Lia Fabiola.

Modifica el artículo 81 de Ley de Contrato de Trabajo en la que establece que el trato de desigual puede realizarse siempre y cuando se funde en razones de “bien común” o “eficacia”. Dichos conceptos son muy vagos y dan lugar a muchas interpretaciones sobre cuando pueden dar lugar a un trato desigual. Lo que hace el proyecto de ley es reformar

dicho artículo, y establecer que solamente podrá haber un distinto trato cuando se funda en causas objetivas.

Dicho Proyecto tiene media sanción en Cámara de Diputados.

- **Proyecto de ley con tramite parlamentario de fecha 09/04/2010**

Sumario: Modificación del artículo 73 de la ley de contrato de trabajo – ley 20744 (texto ordenado 1976), sobre encuestas y pesquisas, prohibición, libertad de expresión.

Firmantes: Recalde, Hector Pedro – Alizegui, Antonio Anibal – Gonzalez, Juan Dnate – Salim, Juan Arturo – Gardella, Patricia Susana – Plaini, Francisco Omar – Robledo, Roberto Ricardo – Ledesma, Julio Ruben – Arguello, Octavio.

Modifica el artículo 73 de la Ley de Contrato de Trabajo, prohibiendo al empleador realizar encuestas a los trabajadores sobre opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual. Como consecuencia dicho proyecto pretende darle al trabajador un mayor margen de libertad de expresión.

- **Proyecto de ley con tramite parlamentario de fecha 21/11/2008**

Sumario: REGIMEN DE PROTECCION CONTRA LA DISCRIMINACION LABORAL ANTE LOS EFECTOS DE QUE EL TRABAJADOR SE ENCUENTRE REGISTRADO EN UNA EMPRESA DEDICADA AL REGISTRO DE DEUDORES DEL SISTEMA BANCARIO Y/O FINANCIERO Y/O DE CUALQUIER OTRA INDOLE.

Firmantes: BASTEIRO, SERGIO ARIEL - DONDA PEREZ, VICTORIA ANALIA - MERCHAN, PAULA CECILIA - LOZANO, CLAUDIO.

Este proyecto protege el acceso al empleo mediante la sanción de actos discriminatorios que se le pudieren llegar a hacer a quienes busquen trabajo por el simple hecho de figurar en bases de datos preparadas por entidades de información crediticia, habiendo ya cumplido con los requisitos de idoneidad que requiere el puesto laboral solicitado.

El proyecto hace hincapié en derechos como: el derecho a la intimidad, el derecho a trabajar y ejercer una industria lícita.

- **Proyecto de ley con tramite parlamentario de fecha 27/05/2010**

Sumario: CREACION DENTRO DE LA ORBITA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACION, EL PROGRAMA "CONOCIMIENTO E INTEGRACION"

Firmantes: ABDALA DE MATARAZZO, NORMA AMANDA - PASTORIZA, MIRTA AMELIANA - OLIVA, CRISTIAN RODOLFO - BRUE, DANIEL AGUSTIN - LUNA DE MARCOS, ANA ZULEMA - HERRERA, JOSE ALBERTO - PEREZ, JORGE RAUL.

Crea un programa que tiene como fin la formación y capacitación de todo empleado público en el trato diario con personas con discapacidad.

Para realizarlas, se deberá consultar a organizaciones no gubernamentales relacionadas en dicha materia para poder determinar medidas concretas en cuanto a la forma de la capacitación y formación de los trabajadores.

- **Proyecto de ley con tramite parlamentario de fecha 18/05/2010**

Sumario: ACTOS DISCRIMINATORIOS - LEY 23592 -. MODIFICACION DEL ARTICULO 1, SOBRE RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL FUNCIONARIO PUBLICO QUE REALICE TALES ACTOS CONTRA SUS DEPENDIENTES.

Firmantes: ACOSTA, MARIA JULIA.

Establece una responsabilidad directa sobre el funcionario administrativo que se desempeñe para el Estado ya sea Nacional, Provincial, Municipal o Ente Público, debiendo responder con su patrimonio por el acto discriminatorio que realizó.

19. ¿Ha sido el Estado de su país condenado alguna vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al principio de no discriminación? Si fuera así, ¿podría usted hacer un breve resumen del caso e indicar si hubo un debido cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte?

En materia laboral Argentina no ha sido condenada por violaciones al principio de no discriminación.

Sin perjuicio de ello cabe mencionar que el 31 de agosto de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina era internacionalmente responsable por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan, entre otros, por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños; vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, y el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal.

El caso se relacionaba con la responsabilidad internacional del Estado por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad.

Buenos Aires, marzo de 2013.

Links con información de utilidad:

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Bases de datos con fallos completos:

<http://www.csjn.gov.ar/>

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Reseña de fallos en materia laboral:

<http://www.csjn.gov.ar/data/dertrab.pdf>

Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Recopilación de fallos sobre discriminación:

http://asociacion.org.ar/resena_2003-04-29_indice.php

Centro de Información Legislativa:

<http://www.infoleg.gov.ar/>

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo:

<http://inadi.gob.ar/>