

DESPIDO DISCRIMINATORIO. BASES Y PUNTOS DE PARTIDA

MARÍA ROXANA HENRIQUES

“La pérdida de la dignidad comienza cuando dejamos de ver al otro como un igual”

Hanna Arendt

Resumen

La discriminación, en sus diversas manifestaciones, representa una violación fundamental de la dignidad humana y atenta contra el principio de igualdad y no discriminación. Este principio, tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la actual etapa de evolución del Derecho Internacional ha ingresado en el dominio del *ius cogens*¹, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico².

En el ámbito laboral la discriminación, de manera particularmente grave, genera efectos nocivos tanto para el trabajador afectado, en tanto deteriora su autoestima y dignidad, como para el ambiente organizacional en su conjunto.

Dada la relevancia de esta problemática, es fundamental que la legislación y jurisprudencia evolucionen para abordar las nuevas realidades sociales y laborales.

El artículo 245 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, incorporado recientemente por la Ley 27.742³, conocida bajo el nombre de “Ley Bases”, se presenta como una iniciativa en la lucha contra el despido discriminatorio. Sin embargo, a medida que nos adentramos en su análisis y aplicación, surgen intensos debates sobre su potencial efectividad y las implicancias que podría tener en el ámbito laboral.

Esta ponencia tiene como propósito examinar los fundamentos y retos que plantea este nuevo artículo en la lucha contra la discriminación en el mundo del trabajo. Con este objetivo se abordará la legislación internacional y el derecho interno, resaltando la doctrina y algunos fallos significativos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sentaron precedentes en la interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Al concluir, reflexionaremos sobre la necesidad de que los cambios legislativos se acompañen de un cambio cultural y un compromiso colectivo, para promover un ambiente inclusivo y respetuoso. Solo a través de estos esfuerzos conjuntos podremos avanzar hacia un futuro donde la discriminación sea efectivamente mitigada.

El artículo 245 bis, de la LCT

¹ *Jus cogens* o *ius cogens*, es una locución latina empleada en el Derecho Internacional público para referirse a aquellas normas que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido.

² Cfr. Opinión Consultiva, OC 18/03, párr. 101 y Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica, párr. 46

³ B.O. 8/7/2024

El artículo 95 de la Ley 27.742, denominada “Ley de Bases y Puntos de partida para la libertad de los argentinos” aborda el tema del despido discriminatorio, incorporando a la Ley de Contrato de Trabajo el artículo 245 bis, según el cual:

Art. 245 bis. — Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio.

Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad.

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos.

Procederemos a analizar las bases y puntos de partida que emergen del artículo en cuestión, así como los desafíos que nos presenta, tomando como referencia la normativa, doctrina y jurisprudencia vigente, tanto en el contexto internacional como en el derecho interno.

El primer párrafo

Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad.

El primer párrafo presenta una redacción que no utiliza una técnica inclusiva, sino que abarca a los despidos motivados en las condiciones de vulnerabilidad que allí están listadas, en un listado que se presenta como cerrado.

Esta enumeración taxativa parece dejar cubiertos por la indemnización agravada sólo a quienes se encuentren en los casos mencionados, desatendiendo otras realidades que enfrentan aquellos que son discriminados por otros motivos, tales como salud, apariencia o características físicas, estatus migratorio, situación económica y la edad (entre tantos más). En cuanto a la edad, este vacío no sólo ignora la vulnerabilidad de las personas mayores, sino que también desconoce la existencia de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, integrada al bloque constitucional mediante la Ley 27.700⁴. Esta convención establece pautas para promover, proteger y asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas mayores.

Esta fórmula cerrada contrasta significativamente con la Ley 23.592⁵ (Ley antidiscriminatoria) cuya aplicación a las relaciones laborales resulta hoy día incuestionable. Esta ley utiliza expresiones generales tales como “se considerarán particularmente”, para abarcar una gama más amplia de manifestaciones de discriminación. Su artículo 1° dispone que: “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”.

También contrasta con la tendencia internacional, que favorece enfoques más inclusivos y evolutivos. Basta con citar, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que expresamente en el artículo 2° dispone que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o

⁴ B.O. Ley 27.700; 30.11.2022

⁵ B.O. 5/9/1988

cualquier otra condición". De igual manera, lo hace la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando en el artículo 1º: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra** condición social".

Será fundamental, entonces, redefinir las estrategias para asegurar el derecho a la no discriminación de las categorías no incluidas en la norma; probablemente, canalizando los reclamos a través de la Ley 23.592 o el derecho común y con un enfoque apoyado en el sistema vigente de protección de los Derechos Humanos.

Por último, es importante recordar que ante dos interpretaciones posibles, siempre se debe optar por aquella que favorezca al trabajador, en consonancia con la regla "*in dubio operario*" del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Los párrafos segundo y tercero

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

Se retoma el esquema del artículo 11 de la Ley 25.013⁶ (derogada por Ley 25.877⁷) en lo relativo a la carga de la prueba y el agravamiento indemnizatorio.

⁶ B.O. 24/9/88

⁷ B.O. 19/3/2004

En cuanto a la carga de la prueba, se adopta la postura clásica, la regla general en materia de prueba, prevista en el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que señala: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

A diferencia de los supuestos de despidos discriminatorios que ya están contemplados en la Ley de Contrato de trabajo, (despido por maternidad, embarazo y matrimonio) el legislador de la Ley Bases no ha establecido un sistema de presunciones ni tampoco ha mencionado la teoría de la carga probatoria dinámica, también conocida como la carga probatoria compartida, adoptada en el derecho común (art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación) que permite que, en ciertas circunstancias, la responsabilidad de aportar pruebas recaiga sobre ambas partes, especialmente sobre aquella que esté en mejor posición para hacerlo.

Esta postura clásica de la carga de la prueba se aparta de la interpretación que, en materia de discriminación, rige en el ámbito internacional. Las normas internacionales tienden a establecer que, en situaciones de discriminación, es responsabilidad del demandado demostrar que sus acciones no constituyen discriminación, especialmente cuando hay indicios que sugieren que se ha producido una violación de derechos. Esta inversión de la carga de la prueba busca equilibrar la desigualdad inherente entre la persona afectada y el sistema que, a menudo, perpetúa la discriminación. Por ejemplo, en las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), respecto de la temática de la carga de la prueba en relación al Convenio 111, “Convenio sobre la discriminación”, se señaló que: “La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda, constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo (...). La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación; y en todo caso, la duda debe beneficiar a esta” (Estudio general de 1998 sobre igualdad en el empleo y ocupación). Y en la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uno de sus recientes precedentes, reitera el estándar probatorio, mencionando que: “esta Corte ha aceptado que debido a que las víctimas de discriminación no controlan las pruebas o los medios para esclarecer *prima facie* los actos de discriminación, la Convención Americana requiere la inversión de la carga de la prueba para garantizar la efectividad del principio de igualdad y no discriminación⁸.

⁸ CIDH, Olivera Fuentes vs. Perú, sentencia del 4/2/2023.

La teoría clásica de la carga de la prueba se aleja de la interpretación que ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente en el emblemático caso “Pellicori”. Este fallo destacó la especial naturaleza del acto discriminatorio y estableció un estándar probatorio que facilita la defensa de quienes afirman haber sido discriminados: “resulta suficiente para la parte que afirma el motivo acreditarlo con hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia; en tal caso, corresponderá al demandado demostrar que el trato impugnado tuvo como causa un motivo objetivo y ajeno a toda discriminación”.

La dificultad para probar actos discriminatorios se agrava por su naturaleza a menudo sutil y encubierta. Como señaló la Corte Federal, en el caso “Farrell”, “la discriminación, por lo común, se caracteriza por ser una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta”, lo que complica la identificación de la intención detrás de estas conductas.

Y en uno de sus últimos fallos, siguiendo con la tendencia, en el caso “Salguero”⁹, de diciembre del 2023, estableció: “teniendo en cuenta los serios inconvenientes probatorios que pesan sobre las presuntas víctimas, la Corte Suprema estableció parámetros y cargas determinadas que deben regir cuando se invoca la aplicación de la Ley 23.592 y se atribuye un móvil discriminatorio oculto en el acto jurídico cuestionado...” (...) “Una vez demostrados verosímelmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado *vis a vis* aquéllos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado” (v. considerando 9).

Es crucial recordar que la Corte Federal, a través de su jurisprudencia, ha demostrado un compromiso constante con la defensa de los derechos humanos, alineándose con tendencias internacionales que priorizan la equidad y la justicia. Aunque el nuevo artículo haya optado por una interpretación clásica de la carga de

⁹ CSJN “Salguero, Manuel Domingo c/ Telecom Argentina S.A.”, 7/12/2023.

la prueba, el marco legislativo nacional e internacional, junto con su correspondiente interpretación jurisprudencial, sigue siendo relevante y aplicable.

Se considera razonable y previsible que la Corte no desestime su propia doctrina y mantenga la aplicación del estándar probatorio que garantiza una protección efectiva contra la discriminación. Esta continuidad en la jurisprudencia es esencial para preservar la confianza en el sistema judicial y asegurar que los derechos humanos sean salvaguardados de manera efectiva. La coherencia en la interpretación y aplicación de las normas es fundamental para enfrentar los desafíos que presenta la discriminación, especialmente en contextos donde los actos discriminatorios pueden ser sutiles y difíciles de evidenciar. En este sentido, la Corte debe seguir siendo un pilar en la lucha por la igualdad y la justicia para todos.

En lo que respecta a la tarifa, se observa que no se sigue la lógica prevista en los supuestos de discriminación establecidos en la Ley de Contrato de Trabajo, tales como el embarazo, la maternidad o el matrimonio. En su lugar, se opta por una sanción más leve, equivalente al 50% adicional, que solo en circunstancias excepcionales, donde la "gravedad de los hechos" lo justifique, puede llegar a duplicarse. No obstante, coincide en la lógica de que, ante situaciones de discriminación similares, el incremento indemnizatorio es mayor en función de la antigüedad en el empleo.

Este incremento indemnizatorio se calculará sobre la indemnización por despido arbitrario establecida en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo o sobre la indemnización por antigüedad del régimen especial correspondiente, lo que nos hace advertir que el legislador ha considerado que los trabajadores que se encuentran bajo regímenes especiales también queden incluidos en este sistema.

Por último, la norma restringe la posibilidad de acumular la indemnización con otros agravantes, lo cual representa un desafío en su aplicación en futuros reclamos pues esta limitación puede dar lugar a interpretaciones confusas que debiliten los derechos de los trabajadores.

En la evaluación del artículo, es fundamental señalar que establecer una tarifa fija para los despidos discriminatorios presenta serias complicaciones. En primer lugar, fijar un monto específico puede trivializar la gravedad del daño causado por la discriminación, al no considerar las circunstancias particulares de cada caso ni el impacto emocional y psicológico en la víctima. La discriminación no solo implica pérdidas económicas; sus repercusiones pueden ser profundas y duraderas en la vida personal y profesional del afectado.

Además, el dinero no puede sustituir el valor intrínseco de la dignidad humana ni reparar las oportunidades y el bienestar que se pierden tras un despido discriminatorio. Asimismo, una tarifa predeterminada podría llevar a los empleadores a percibir el costo de la discriminación como un "riesgo calculado", lo

que disminuiría su motivación para implementar prácticas laborales justas y equitativas. Esta dinámica podría perpetuar un entorno laboral tóxico, donde la discriminación se normalice, dado que las consecuencias económicas no serían lo suficientemente disuasorias.

Por lo tanto, es crucial que la legislación no solo contemple sanciones monetarias, sino que también impulse un cambio cultural en las organizaciones, fomentando un ambiente laboral inclusivo y respetuoso. Un enfoque integral es esencial para abordar las raíces de la discriminación y garantizar espacios de trabajo más equitativos para todos.

El cuarto párrafo

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos.

Pareciera que este nuevo artículo descarta la posibilidad de que las personas trabajadoras puedan reclamar no solo la nulidad del despido discriminatorio, sino también la reparación plena de los daños derivados de la violación de los derechos humanos. Esta perspectiva resulta problemática, ya que contrasta con el criterio establecido en la legislación general (artículo 1740 CCyC), la Ley 23.592, los estándares del Derecho Internacional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La omisión de estos mecanismos de reparación plena puede limitar el acceso a la justicia y perpetuar la impunidad frente a actos discriminatorios, dificultando así la efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas que trabajan. Es esencial que la legislación contemple un enfoque que garantice compensaciones adecuadas para reparar los daños sufridos.

Por fuera de lo que expresamente dispone la norma, es fundamental reconocer que cualquier persona tiene el derecho de solicitar la nulidad de un acto discriminatorio, tal como expresamente dispone la Ley 23.592, y esto incluye a los trabajadores, quienes deben contar con la misma capacidad de acceder a la justicia y a la protección de sus derechos que cualquier otro ciudadano, sin restricciones que limiten su capacidad de defensa.

No podemos olvidar que la Corte Suprema en el leading case “Álvarez c/ Cencosud” sostuvo que la reinstalación del trabajador despedido guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación

(*restitutio in integrum*) de los daños irrogados por el despido, pues el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos debe ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, toda vez que esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado.

El desafío, por lo tanto, radica en evaluar la compatibilidad del nuevo artículo 245 bis de la Ley de Contrato de Trabajo con la legislación y jurisprudencia consolidada en la materia. Entendemos que la jurisprudencia acumulada proporciona un contexto valioso que debe ser considerado para garantizar que las futuras decisiones no diluyan las protecciones existentes contra la discriminación y, por el contrario, fortalezcan el marco normativo en pro de la igualdad y la justicia laboral.

Conclusión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de facto.

El artículo 245 bis, aborda el despido discriminatorio, estableciendo algunas bases en la lucha contra la discriminación. Consideramos que estas bases y puntos de partida no son metas finales, sino que constituyen un primer paso hacia la protección de los derechos de las personas que deben enfrentar un despido por motivos discriminatorios.

Estamos convencidos de que la única interpretación válida del nuevo artículo será aquella que se alinee con los principios del orden público, tanto nacional como internacional, especialmente el artículo 16 de la Constitución Nacional que sella el principio de igualdad: "...Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...".

Cualquier interpretación que se desvíe de estos principios podría comprometer la protección de los derechos fundamentales, afectando así la dignidad y la igualdad de todas las personas trabajadoras e, incluso, comprometería al Estado en el ámbito internacional puesto que, tal como reza el artículo 75 inciso 23 de nuestra Carta Magna, corresponde al Congreso de la Nación "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de

oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”.

Reflexión final

La lucha contra la discriminación no puede limitarse exclusivamente a las normas y regulaciones; además de una legislación robusta es necesaria una transformación profunda de las actitudes y los comportamientos en la sociedad y el ámbito laboral. Esto requiere un compromiso colectivo que promueva la empatía, el respeto y la inclusión, desafiando creencias y prejuicios arraigados.

La obra de Martin Buber, "Yo y Tú", destaca la importancia de reconocer al otro como un ser único y digno. Buber sostiene que “en la relación de “yo- tú”, el otro se revela como un ser único y singular, no como un objeto”.

Desde esta perspectiva, el despido discriminatorio deshumaniza al trabajador, convirtiéndolo en un objeto de decisiones arbitrarias y socavando los principios de justicia y equidad.

Permitir que la discriminación se manifieste en el ámbito laboral no solo afecta a individuos, sino que también debilita la cohesión y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Esta situación nos invita a reflexionar sobre la importancia de tratar a cada trabajador con dignidad y respeto, reconociendo su valor intrínseco como ser humano. Al decir de Buber, reconocerlo como un ser único y singular.