



NUEVOS CAMINOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO EN LA ARGENTINA

SUSANA CORRADETTI

Abogada y Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires (UBA). Argentina

EXTRACTO

Las Normas Internacionales del Trabajo son un referente permanente en la doctrina argentina y latinoamericana. Esta vinculación entre el Derecho Laboral y las normas de la OIT no se da con la misma fortaleza en el mundo jurídico europeo. Algunos infieren que ello ocurre porque nuestros derechos laborales locales no superan los mínimos de los Convenios de la OIT, aún van por debajo de su protección y por eso la norma internacional implica una alusión necesaria. En la letra, los países latinoamericanos tienen reglas con alto grado de protección, sin embargo el alcance de la ley es escaso —precariedad, trabajo clandestino son causa del magro porcentaje de trabajadores efectivamente amparados por la ley— y es en esos casos en que se requiere una contención proveniente de un Organismo Internacional con alto prestigio en la región. Sostengo, sin embargo, que ésta no es la justificación más acertada. Deberá buscarse el motivo del peso de la normativa de OIT en nuestros países en la existencia, para el espacio social europeo, del derecho comunitario, que obliga a los Estados que lo integran con su carácter superior a las leyes internas y crea un grupo homogéneo de reglas protectorias. Esta situación no se da en el Mercosur, con un espacio sociolaboral tardío, afectado por los distintos cambios políticos, con un esquema institucional débil y normas que tienen dificultades y procedimientos tortuosos para insertarse en el derecho interno. Un sistema de garantías debe aprovecharse al máximo. Por eso nuestro aporte que presenta al lector europeo una realidad relativamente nueva. Por eso nuestra reflexión a modo de advertencia que permita develar la potencialidad de un nuevo orden jurídico y el riesgo de perder otra oportunidad para mejorar el nivel y ámbito de protección de los trabajadores.

ÍNDICE:

1. DEFINIR NO SIEMPRE ES BUENO
2. EL ESCENARIO LEGAL
 - 2.1. Un retrato del mundo jurídico en materia de discriminación
 - 2.2. El mundo jurídico puesto en movimiento
 - 2.3. El principio de igualdad en el nuevo orden jerárquico
3. NUEVOS CAMINOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO
 - 3.1. Nuevos caminos
 - 3.2. Asignaturas pendientes

1. DEFINIR NO SIEMPRE ES BUENO

Discriminación no es sólo desigualdad. Dice la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en doctrina uniforme aunque no textual: Para que sea discriminatoria la desigualdad debe ser arbitraria... Dice el Diccionario de la Real Academia que una arbitrariedad es un acto contrario a la razón, a las leyes o a la justicia y que lo arbitrario es la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o el capricho... Dice la OIT: Discriminación es cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza color, sexo religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación¹; y la enunciación, aclara el propio texto, puede ser ampliada por los Estados miembros y, de hecho lo ha sido con las causales de discriminación por responsabilidades familiares, discapacidad, situación frente a la Seguridad Social, calidad de trabajador migrantes, recogidas todas en Convenios Internacionales adoptados con posterioridad.

No nos quedemos en las definiciones, toda definición tiende a encerrar un concepto, a diferenciarlo, y la igualdad de oportunidades y de trato merece un análisis más dinámico.

El derecho al trato igual, el derecho a no ser discriminado, es un derecho fundamental propio de la evolución cultural y de un cambio en el concepto de poderosos y oprimidos, una modificación del orden público que ahora advierte y censura lo que hace siglos se admitía como la fuerza de las cosas, como la realidad que unos no querían cambiar y otros no podían.

Las causales de discriminación son múltiples y se modifican con el transcurso del tiempo. Lo que es inmanente, es que hay alguien que excluye, maltrata, quita o retiene derechos sin fundamentación objetiva, por razones que suele guardarse para sí (de ahí la dificultad de la prueba) y que sólo resulta «cen-

¹ Artículo 1 inciso a) del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 1958.

surable» social y judicialmente cuando se torna demasiado evidente y siempre que la sociedad y el derecho «registren» como discriminatoria la conducta.

Y este mal que afecta a la sociedad toda, que la enferma y aísla malsanamente a sus integrantes, que, precisamente, la desintegra, irrumpe con más fuerza en el mundo del trabajo porque en él salen a la luz las relaciones de poder, las fuerzas de inclusión y exclusión que permiten al trabajador gozar, o no, de la distribución de la riqueza que el sistema laboral debe garantizar.

En el ámbito laboral, la discriminación decide sobre la supervivencia de los individuos, desequilibra aún más la posibilidad de movilidad social. No es sólo una conducta social disvaliosa sino que compromete la vida del trabajador y su familia por caminos tortuosos, muchas veces inaccesibles.

Por eso no siempre el derecho, el sistema jurídico y el punitivo que lo acompaña, es oportuno o eficaz. Puede tener un alto valor disuasorio, pero no logrará, por sí, el cambio de la conducta si no es acompañado por una modificación de la cultura, la toma de posición de una sociedad que persiga estas prácticas lesivas para su propia subsistencia.

2. EL ESCENARIO LEGAL

2.1. Un retrato del mundo jurídico en materia de discriminación²

CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN VEDADAS y/o SANCIONADAS EN DISTINTOS ORDENAMIENTOS LEGALES

| Ley de Contrato de Trabajo/ Otras leyes | LEY 23.592 | OIT (CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR ARGENTINA) | REFORMA LABORAL (L.25013) Despido discriminatorio | PACTO FEDERAL DEL TRABAJO |
|--|----------------|---|---|---------------------------|
| RAZA | RAZA | RAZA | RAZA | RAZA |
| RELIGIÓN | RELIGIÓN | RELIGIÓN | RELIGIÓN | RELIGIÓN |
| NACIONALIDAD | NACIONALIDAD | ASCENDENCIA NACIONAL | NACIONALIDAD | ASCENDENCIA NACIONAL |
| | IDEOLOGÍA | — | IDEOLOGÍA | |
| OPINIÓN POLÍTICA | OPINIÓN POLÍT. | OPINIÓN POLÍT. | OPINIÓN POLÍTICA | OPINIÓN POLÍTICA |

² Los cuadros, adaptados a los requerimientos de este trabajo, que se incluyen a continuación, corresponden al libro «El Derecho Laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos Típicos», que coordinado por los Dres. ANTONIO L. VÁZQUEZ VIALARD y MARIO S. Fera (Buenos Aires, La Ley, septiembre de 2003) incluye un capítulo dedicado a Discriminación/Igualdad de Trato, págs. 43 y ss.. del que la suscripta es autora.

| OPINIÓN GREMIAL | OPINIÓN GREMIAL | OPINIÓN GREMIAL, EJERCICIO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN (C. 87 ; 98 ; 154). | <i>OPINIÓN GREMIAL</i> | MOTIVOS GREMIALES |
|-----------------|----------------------------|---|--|-----------------------------------|
| SEXO | SEXO | SEXO | SEXO | SEXO |
| — | POSICIÓN ECONÓMICA | — | — | |
| — | CONDICIÓN SOCIAL | ORIGEN SOCIAL | — | ORIGEN SOCIAL |
| — | CARACTERÍSTICAS FÍSICAS | DISCAPACITADA D C.159 | — <i>ORIENTACIÓN SEXUAL</i> | |
| — | — | COLOR | — | COLOR |
| — | — | RESPONSABILIDADES FAMILIARES, C. 156 | — | RESPONSABILIDA- DES FAMILIARES |
| EDAD | — | — | — | EDAD |
| — | — | — | — | RESIDENCIA |

Comentarios: El Pacto Federal del Trabajo (ley 25.212) que genera un sistema nacional integrado de Inspección del Trabajo y Régimen de Sanciones califica como sanciones muy graves las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo u ocupación por los motivos indicados en la columna respectiva. La enumeración está tomada del trabajo realizado por la Comisión que presidiera el Dr. Tomás Salas Franco, e integrara la suscripta, en 1997, año en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social inició un estudio para lograr la unificación del régimen de sanciones. Recién con la sanción de la Ley 25.250 se completa el diseño de un sistema integrado de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, reconociéndose al entonces denominado Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de los Recursos Humanos, funciones de autoridad central de la inspección del trabajo en todo el territorio nacional pero respeta las jurisdicciones locales y señala que las autoridades actuarán bajo los principios de corresponsabilidad, coparticipación, cooperación y coordinación. Es curioso advertir que una causal de discriminación como «el lugar de residencia» podría ser sancionado con multa por la autoridad administrativa sin encontrarse prevista en otra disposición del complejo plexo normativo.

SANCIONES IMPUESTAS POR CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS³

| LCT/ OTRAS | LEY 23.592 | OIT | LEY 25.013 | PACTO FED. DEL TRABAJO |
|---|--|--|--|--|
| La prohibición del Art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo no conlleva sanciones que se incluyan en la disposición legal. La conducta prohibida puede: a) justificar el despido indirecto; b) resultar nula e inoponible al trabajador. En los supuestos de despido por actos que discriminen en razón del estado de la mujer (embarazada) o del estado civil (matrimonio), el agravamiento de la indemnización con carácter sancionatorio, está especialmente prevista. También la Ley 23.551 prevé expresamente la protección de la estabilidad en el cargo del candidato y/o delegado gremial y sanciona las acciones discriminatorias en razón de la actividad gremial considerándolas prácticas desleales. | La ley impone la obligación de dejar sin efecto el acto discriminatorio o hacer cesar su realización, reparando el daño moral y material ocasionado a la víctima de la discriminación. Impone sanciones penales respecto de delitos cometidos por individuos (se incrementa la sanción del tipo penal de que se trate cuando el delito sea cometido por persecución y odio a una raza, religión o nacionalidad o con el objeto de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso) y crea un tipo penal para los que participen de acciones discriminatorias en una organización o propaguen ideas discriminatorias o alienten o inciten a la persecución o el odio con fines discriminatorios. | La Argentina es miembro de la OIT desde su creación en 1919. La OIT controla el cumplimiento de los CIT ratificados por sus países miembros, y especialmente aquellos referidos a derechos fundamentales (vgr. la igualdad de oportunidades y de trato) aún —según la doctrina de los órganos de control— cuando el CIT no haya sido ratificado, ya que estos derechos quedan incluidos en la Constitución de la OIT (han sido consolidados por la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la OIT, 1998) y deben ser respetados por el hecho de ser miembros. Como organismo de Derecho Internacional Público la OIT tiene por sanción la puesta en un párrafo especial de la memoria de la Conferencia Internacional del Trabajo al país incumplidor y la puesta en marcha de mecanismos de control para lograr reencausar la conducta violatoria de los derechos del trabajador. | El Art. 11 de la ley prevé para el caso de un despido discriminatorio —que gracias a la arrasadora acción del Poder Ejecutivo ⁴ quedó limitado a las causales de raza, sexo y religión, homólogas a las reconocidas por el Art. 81 de la LCT— un incremento de la tercera parte de la indemnización prevista en el Art. 7 de la ley (que a su vez reformó el Art. 245 de la LCT) para los trabajadores ingresados a la empresa con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, publicada en el B.O. del 24/9/98 sin aplicación del tope a la mejor remuneración normal y habitual, módulo de la indemnización por tiempo de servicio. La ley impone la carga de la prueba a la víctima de la discriminación y establece un trato desigual entre trabajadores ingresados a la empresa con anterioridad a su vigencia y respecto de trabajadores que sufran otras causales de discriminación no reconocidas por la norma incremento indemnizatorio. | El pacto construye un nuevo régimen sancionatorio tanto respecto de tipo y grado de las infracciones como respecto del monto y tipo de sanciones. Las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación (art. 4 inc. A) son consideradas infracciones muy graves. Las sanciones están fijadas en multa de mil pesos a cinco mil pesos por cada trabajador afectado por la infracción con más la clausura del establecimiento y la inhabilitación para acceder a las licitaciones públicas, con suspensión en los registros de proveedores del Estado (nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Debemos señalar que se ha eliminado la conversión de multa en arresto atento a la derogación de la ley 18.694, norma que consagraba esa facultad del Juez a pedido de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Trabajo) y que siempre fue vista con desfavor por la Justicia. |

³ Las sanciones enunciadas no invalidan la interposición de un Amparo, conforme lo previsto en el Artículo 45 de la Constitución Nacional que prevé el recurso, en los términos de su diseño, especialmente para casos de discriminación de cualquier tipo. En lo que hace a las causales este es el recurso más amplio porque no se constriñe a la indicación de causales de discriminación sino que refiere a la acción discriminatoria en forma genérica. La ley 23.708 que protege al enfermo/ portador de HIV se irradia sobre el ámbito laboral

⁴ La ley 25.013 tuvo veto parcial del Poder Ejecutivo. En el cuadro anterior se indican, en letra cursiva, las causales cercenadas por el veto.

2.2. El mundo jurídico puesto en movimiento

Resulta indispensable advertir que este complejo cuadro con tantas alternativas superpuestas, obrando simultáneamente sobre las causales de discriminación y que conllevan otros tantos regímenes punitivos, no puede comprenderse si no se aclaran los sistemas de relaciones entre las normas en función de su orden jerárquico.

La Constitución Nacional, sancionada originariamente en 1853, fue reemplazada en 1949 y restablecida en 1957 por el gobierno de la autodenominada «Revolución Libertadora» que derrocó al General J. D. Perón. Al restablecer la Constitución que originariamente ideara J. B. Alberdi, fundada en los principios de igualdad, libertad y propiedad, la Convención Constituyente de aquella época introdujo —como su único producto innovativo— una cuña hija del constitucionalismo social a su contenido de neto corte liberal. Tal inclusión consagra lo que la doctrina nacional ha denominado principio protectorio al asegurar al «trabajo en sus diversas formas... la protección de las leyes» garantizando, en un conjunto de cláusulas —muchas de ellas de debilísima operatividad— derechos individuales, colectivos y de la seguridad social. Entre ellas aparece el derecho a igual remuneración por igual tarea, reconocida por la doctrina como claramente operativa, y en ella se han fundado muchos de los antecedentes jurisprudenciales que consagraron la igualdad de trato en materia salarial. El texto fue interpretado por la Corte e incluida dicha interpretación en el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo que dispone, sin embargo, que no habrá trato discriminatorio cuando el diferente tratamiento... «se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador». Este mandato sumado a la jurisprudencia que sólo en raras ocasiones, y nunca en el seno de nuestro más alto Tribunal, ha invertido la carga de la prueba, acota notoriamente el campo de acción para quien se siente discriminado en función de la discrecionalidad del empleador para mejorar por encima del piso mínimo Convenio Colectivo de Trabajo la remuneración de cualquier trabajador amparado en estos criterios de evaluación subjetiva.

Aires de reforma siempre intentaron suplir las fallas que, por el transcurso del tiempo y por la modificaciones que los sistemas regionales de integración y el peso de las normas internacionales sobre Derechos Humanos se hacían sentir en el texto de la Constitución Nacional pero la reforma tuvo recién viabilidad política con el Pacto de Olivos (noviembre de 1993) y la ley 24.309 sentó las directivas para el funcionamiento de la Convención Constituyente, fijando los temas susceptibles de ser objeto de tratamiento en la Convención. Más precisamente le estaba vedado a la Convención «introducir modificación alguna a las declaraciones derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera



Parte de la Constitución Nacional»⁵, o sea, los primeros treinta y cinco artículos.

Esta limitación fue alterada de varias formas. La primera por vía de ampliación, ya que la Convención Constituyente incorporó un Capítulo Segundo denominado Nuevos Derechos y Garantías. Pero la más importante, que hace a nuestra materia por variadas razones, resulta del juego entre la Reforma y el texto preexistente cuando, sin modificar la letra del artículo 31 de esa primera parte⁶, se consagra un nuevo orden jerárquico en la Argentina, sostenido ya con anterioridad por buena parte de la doctrina entre cuyos representantes me incluyo en lo que hace a la supremacía jerárquica de los Convenios Internacionales del Trabajo sobre la ley, pero que ahora se proclama en forma indubitable.

El mencionado artículo 31, reformado al momento de unirse la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, sostenedor de una autoridad nacional a las que las provincias deben ajustar su actuación, fue siempre el centro de discusión sobre si el orden de mención de la Constitución, los tratados con las potencias extranjeras y la ley reflejaban los distintos niveles jerárquicos de dichas fuentes formales, o si todos los elementos normativos enunciados poseían un mismo nivel jerárquico. Se advierte que, por razones históricas, el artículo hacía mención a los tratados con las potencias extranjeras y no a otras fuentes de Derecho Internacional público que fueron apareciendo con los procesos de integración y el aumento de la importancia de las Relaciones Internacionales y tal anacronismo nunca fue superado en las sucesivas oportunidades de reforma.

Por obediencia a la limitación que pesaba sobre ella, la Convención Constituyente de 1994 forzó la referencia a nuevas fuentes legales de origen internacional y su inserción jerárquica ubicándola en artículos que nada tiene que ver con la materia.

Tal es el caso del artículo 75 que trata las atribuciones del Congreso de la Nación y que al indicar, en el inciso 22, que éste posee facultades para aprobar o desechar tratados, explicita el orden jerárquico de las fuentes ubicándolas de la siguiente manera:

- Constitución Nacional y Tratados con jerarquía constitucional (citados en el segundo párrafo del inciso 22 o incluidos en el listado con el procedimiento que allí se indica)

⁵ Texto de la ley 24309, art. 7.º.

⁶ «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conforma ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales



- Otros Tratados concluidos con países u organizaciones internacionales. Concordatos con la Santa Sede
- Leyes

2.3. El principio de igualdad en el nuevo orden jerárquico

La inclusión en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 de Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que refieren al principio de igualdad o a la prohibición de hacer discriminaciones⁷ consagra, entonces este derecho con rango constitucional.

La mención en el primer párrafo del citado inciso de los Tratados concluidos con... las organizaciones internacionales no es la forma más feliz que pudieron encontrar los Constituyentes para aludir a los Convenios Internacionales del Trabajo. Los Convenios de la OIT no se «concluyen» entre los países miembros de la Organización y ésta, sino que se adoptan en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, después de un procedimiento de consulta, por el voto de delegaciones de los países miembros de integración tripartita, trabajadores, empleadores y gobiernos, que, en muchas ocasiones, privilegian su pertenencia sectorial a su origen nacional.

Sin embargo, dos razones avalan la postura doctrinaria que considera que la Constitución también alude a los Convenios Internacionales del Trabajo y a su rango supralegal en este párrafo: a) Los Convenios Internacionales del Trabajo son considerados instrumentos normativos del Derecho internacional público incluidos en la caracterización establecida por la Convención de Viena de 1972 sobre el derecho de los Tratados. b) en la discusión que se llevara a cabo en el seno de la Convención Constituyente el Conventional Dr. P. Kesselman insistió sobre la necesidad de hacer una mención expresa de esta fuente normativa del Derecho del Trabajo mientras que la opinión mayoritaria sostuvo que la mención los incluía sin necesidad de mayores precisiones.

Problemas aparte acarrea la capacidad auto ejecutoria de los Convenios de la OIT, ya que habitualmente disponen lineamientos generales que fuerzan a una reglamentación interna posterior, aún a pesar de una postura monista por parte del Estado que los ratifica.

⁷ 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; 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



Los convenios sobre derechos fundamentales son auto ejecutorios per se y obligan al país miembro. La prohibición de hacer discriminaciones aparece como uno de los pilares de la Organización Internacional del Trabajo y, al estar incluido el derecho a trato igual en la Constitución de la Organización Internacional, el Estado miembro queda obligado, aunque no haya ratificado los Convenios sobre la materia, más aún a partir de la Declaración sobre Derechos Fundamentales adoptada en 1998 por la OIT.

Como si esto no bastase nuestro país ha ratificado un muy importante grupo de convenios sobre Igualdad de oportunidades y de trato⁸, y las disposiciones en ellos contenidos abren un nuevo campo de acción, de consecuencias no fácilmente previsibles, para las partes afectadas.

3. NUEVOS CAMINOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO

3.1. Nuevos caminos

La Reforma Constitucional, entonces, amplía considerablemente el campo normativo e introduce disposiciones operativas y supra legales en materia de discriminación.

Parece evidente y beneficioso que las disposiciones incorporadas aparezcan completando la normativa existente, integrándola, ampliando horizontes con la perspectiva que tendrá el ciudadano de contar con nuevas herramientas para poder defender el derecho a no ser discriminado en el trabajo. Pero la irrupción no conlleva solamente complitud sino que presenta situaciones de colisión.

Ocupémonos, primero de las buenas noticias. La oferta y demanda de trabajo en la Argentina es completamente libre y desreglada, salvo excepciones que encontramos, básicamente, en una limitadísima oferta pública de empleo proveniente de las agencias estatales de Empleo. Esta oferta parece funcionar sólo para el caso (remoto) en se le pueda ofrecer un puesto de trabajo a un beneficiario del seguro de desempleo. En caso de rechazarlo reiteradamente sin causa justificada, el beneficiario perderá el beneficio (conf. artículo 123, inciso h) de la ley 24.013).

Las empresas son muy celosas de su derecho a elegir al personal y ante la falta de un sistema público de empleo (relación de causa / efecto?) y un nivel de desempleo estimado en un 18%, el acceso al puesto de trabajo es campo fértil para abusos y discriminaciones. Basta con leer los avisos en los periódicos de mayor circulación solicitando personal, para advertir que

⁸ Nos remitimos al cuadro incluido con anterioridad

los requisitos exigidos no se condicen con las necesidades de la tarea a desarrollar sino con una arbitrariedad empresaria que así cree evitar problemas, eliminar costos indirectos o, en fin, asegurarse personas jóvenes con experiencia (contradicción muy frecuente) o mujeres en el caso de empleos a los que se le asigna bajo nivel salarial y hombres para los cargos en que se requiere resistencia o fortaleza física. En algún caso que tomó estado público, precisamente por lo flagrante del abuso, se solicitaban cadetes rubios de ojos celestes.

Todas estas violaciones al libre acceso al empleo, todos estos obstáculos que se le imponen a ciertos grupos, se encuentran claramente amparados por el carácter supralegal del Convenio sobre igualdad de oportunidades y de trato (empleo y ocupación), Ginebra, 1958, que expresamente protege el período de acceso al empleo. Hasta que la norma quedara habilitada por la Reforma Constitucional con rango supra legal podía accederse a un reclamo en sede civil con fundamento en la Ley 23.592, conocida como Ley Antidiscriminación, pero es indudablemente el Juez del Trabajo quien está en mejores condiciones para evaluar si la conducta del empleador impide arbitrariamente el acceso al empleo. En este campo, la Constitución ha habilitado a nuevos sujetos activos, vgr. el Defensor del Pueblo; las Asociaciones que propendan a eliminar todas las formas de la discriminación. Ellos podrán interponer una acción de amparo⁹.

Otra situación ocurre con relación al Convenio sobre trabajadores con responsabilidades familiares, Ginebra, 1981. Si bien no es auto ejecutorio¹⁰ puede servir de apoyo para acciones concretas aún de particulares que se vean privados de derechos y facilidades que el Convenio propicia y cuyo respeto debió asegurar el Gobierno al momento de la ratificación. En este sentido, la falta de reglamentación del servicio de guarderías en las empresas y, sobretodo, la imposición de que la reglamentación (inexistente después de casi 30 años de vigencia de la norma incluida en la Ley de Contrato de Trabajo) determinará la cantidad de trabajadoras (no de empleados/ as o trabajadores/ as) que harían obligatoria la instalación de una guardería en el lugar de trabajo podría incluirse entre los casos de inconstitucionalidad por omisión que parte de la doctrina nacional consideró sustento válido para una acción de un particular privado de un derecho constitucional por falta de reglamentación de la cláusula que lo garantiza.

⁹ Acción expedita y rápida contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (conf. art. 43 de la Constitución Nacional)

¹⁰ Con excepción hecha del artículo 8 del Convenio que prohíbe considerar las responsabilidades familiares como causa que justifique la extinción del contrato de trabajo.



Por fin, se dan entre nuestra normativa y la norma internacional —como anunciáramos— supuestos de colisión que deberían resolverse a favor del derecho garantizado por el Convenio Internacional o Tratado de que se trate, por el simple peso específico de estas normas respecto de las Leyes de la Nación. La discriminación en el ejercicio de la acción sindical podría ocurrir si un particular, representante gremial de una organización sindical simplemente inscrita (que no goza de personería gremial por no ser la más representativa en el ámbito de actuación personal o territorial elegido) se entendiese con derecho a ejercer algunas acciones concretas a favor de sus representados —negociar colectivamente, declarar la huelga, representar los intereses colectivos de los trabajadores— porque la ley no debería distinguir, y así lo hace, donde el Convenio Internacional no distingue. Todo ello sin perjuicio de dejar a salvo la interpretación que hacen los órganos de control de la OIT respecto de que la asignación de algunas facultades exclusivas a determinado tipo de organización sindical (vgr. la más representativa) no afecta la letra ni el espíritu del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, Ginebra, 1948.

3.2. Asignaturas pendientes

La irrupción de normativa suprallegal ocurrida a partir de la Reforma Constitucional del año 1994 no se ha visto reflejada ni en la práctica de los tribunales argentinos ni en la actividad legislativa con la intensidad que se merece.

Ni los jueces, ni las partes, acuden con la asiduidad que debieran, al uso de estos nuevos recursos técnico-jurídicos que aseguran igualdad de oportunidades y de trato. Cuando es citada, la norma internacional parece más bien un instrumento decorativo que una respuesta normativa a la defensa de un derecho. En el caso de la colisión que se señalara en materia de derecho colectivo, la respuesta podría obedecer a una «conformidad» de los administrados con el sistema sindical argentino. Las denuncias presentadas ante el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT desmienten esta inferencia y más bien hacen pensar en una falta de hábito para plantear, en el ámbito interno, reclamos que antes no se solucionaban con las mismas herramientas con las que ahora contamos.

En cuanto a la mora en la acción legislativa, pensamos que resulta ampliamente riesgoso para un sistema jurídico que los derechos se vean garantizados por diversidad de fuentes y que, a más de ello, las normas de rango inferior no incorporen o reglamenten los mandatos de las normas de rango superior.

El riesgo resulta agravado porque nuestro sistema de control de constitucionalidad recae en la Corte Suprema de Justicia, órgano superior



que se ocupa de este control pero que también decide en materias sujetas a revisión provenientes de las Supremas Cortes de cada Provincia. Y decide para el caso particular, pese al efecto expansivo de sus fallos, a falta de una Corte Constitucional ad hoc como encontramos en otros sistemas. La Corte genera, entonces, decisiones que provocan colisiones innecesarias con fallos de Tribunales inferiores, con la consiguiente incertidumbre en el ejercicio y goce de los derechos de los particulares.

El Convenio Internacional del Trabajo ingresado con jerarquía supralegal o el Tratado de jerarquía constitucional no han producido la derogación automática de todas las leyes que se opongan a sus disposiciones o la complementación de éstas con los «nuevos derechos». Utilizar este mecanismo podría haber provocado aún más confusión e inseguridad jurídica. La tarea debería ser de codificación e integración y a cargo de juristas de nota. Por otra parte, el ciudadano común desconoce, por falta de difusión, y aún imposibilidad práctica de conocimiento de los legos, cuáles nuevos derechos o conductas prohibidas han venido a integrar el plexo de garantías que la Constitución Nacional otorga.

La igualdad de oportunidades y de trato se aprende, y a no discriminar también se aprende. En este campo víctimas y victimarios necesitan ser educados.