

TEMA

“La discriminación laboral por causa de nacionalidad”

Por **CARLOS A. TOSELLI**¹

1. Introducción:

La mayoría de los países latinoamericanos, como integrantes del concierto de naciones civilizadas han suscripto numerosos tratados y convenios que tienen como eje punible la conducta discriminatoria. En ese sentido merecen destacarse el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Empleo y Ocupación que señala que la discriminación en el empleo significa cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, sexo, color, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad que tenga por resultado la eliminación o violación de oportunidades a trato igualitario, con relación al empleo o en el ejercicio de la profesión. La discriminación también incluye cualquier otra diferenciación, exclusión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades a trato respecto del empleo o en el ejercicio de la profesión. No se considerará discriminatoria la diferenciación, exclusión o preferencia basada en las calificaciones requeridas para un empleo específico.

A su vez la declaración Socio Laboral del MERCOSUR dispone: Art. 1: Todo trabajador tiene **garantizada** la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, **origen nacional**, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Como se puede advertir de la mera lectura del texto mercosureño se desprende una diferencia sustancial por cuanto se exige un rol activo

¹ Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde setiembre de 1.991.- Doctor en Derecho - Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba.- Profesor de Postgrado en Universidades Estatales y privadas.-

estatal y otorga un claro derecho a peticionar de aquel trabajador que fuera víctima de la conducta disvaliosa.

Por otra parte el principio de la nacionalidad –que toma del Acuerdo Regional del Mercosur la nueva ley migratoria 23.871-, produce un cambio sustancial en los criterios para la obtención de la residencia para trabajar, debiendo solamente el trabajador del Mercosur acreditar su identidad y la documentación personal de rigor para acceder, sin necesidad de dar cuenta de una relación laboral, ni acreditar documentación alguna².-

La obligación de garantía es estatal a través de actos de sus tres poderes, es decir el legislativo mediante el dictado de normas de fuente heterónoma que hagan efectiva la garantía proclamada, a más de la debida verificación de cumplimiento de dichas normas a través de la actividad inspectiva estatal, en su labor de policía del trabajo y también en función de la actividad jurisdiccional de protección de este derecho humano fundamental.-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que a falta de legislación positiva que garantice la ausencia de conducta discriminatoria contra un determinado colectivo, el "Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana y consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado y es un principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados"³.-

En lo que es motivo de este trabajo, es decir la discriminación laboral, con eje en la nacionalidad del afectado, al igual que en cualquier otro supuesto discriminatorio sostengo que las normas internacionales supra transcritas y también las leyes 23.592 y 20.744 (en sus arts. 17 y 81) y también aquellas que regulan el empleo público, son disposiciones de textura abierta, ya que tanto la normativa internacional como la local si bien hacen referencia a las conductas discriminatorias más reconocidas, dejan claramente abierta la posibilidad de inclusión de otras posibilidades que revelen el encuadre en la conducta punida o cuestionada, debiendo quedar claro que el acto discriminatorio puede

² CORRES, Gerardo: "La Nueva Ley Migratoria. La situación de los trabajadores extranjeros. Algunas Particularidades del Mercosur", Revista de Derecho Laboral 2005-2 Contratación Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni.-

³ GIALDINO, Rolando E. : "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", La Ley 10-6-2008.-

acontecer en la etapa pre-contractual, en la ejecución del contrato o en miras a su disolución por causa atribuida a la patronal.

Debe señalarse que en esta tipología discriminatoria generalmente el agravio o impedimento se patentiza en la hora de la postulación o selección, por lo que a diferencia de otros modos discriminatorios donde el afectado tiene diversas vías procesales idóneas, entiendo que sobre el particular la vía de la acción de amparo prevista por el art. 43 de la Constitución Nacional es la que mejor garantiza una pronta y efectiva resolución para el afectado, pues de lo contrario la respuesta tardía tornaría ilusorio el derecho vulnerado.-

También como cuestión patológica debe destacarse que bajo el pretexto de las dificultades migratorias que poseen los extranjeros, en muchas ocasiones se producen situaciones que lindan con la esclavitud y reducción a servidumbre de dichos extranjeros, más allá de las disposiciones que surgen del texto de la ley migratoria 25.871, que asegura protección y el ejercicio de los derechos a todos los migrantes, independientemente de su condición regular o irregular (art. 40) y sigue el criterio de la ley laboral de contrato de trabajo sancionando el incumplimiento del empleador al contratar a un trabajador irregular, como un supuesto de contrato de objeto prohibido.-

Gerardo Corres comentando dicha norma expresa que: "precisamente uno de los objetivos primarios de la ley es dar cumplimiento a los compromisos internacionales sobre los derechos humanos y movilidad de los migrantes; fomenta la inserción e inclusión, propiciando el fortalecimiento del tejido social y cultural del país a partir de la integración del migrante y su familia (art. 3). El respeto de la persona no abarca solamente la estancia, sino que la norma se preocupa enfáticamente en asegurar en particular el respeto a la persona desde el instante mismo del ingreso hasta el egreso (art. 3 inc. f)"⁴.

En ese sentido debe destacarse que el Convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de todos los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (que constituyera el antecedente para la sanción de la ley 25.871) en su artículo 1º refiere a todos los trabajadores migrantes independientemente de su condición, los que reciben la protección de los Derechos Humanos Fundamentales.-

Conforme puntualiza Gil Domínguez en un agudo análisis: "El derecho a la no discriminación configura una evolución normativa y simbólica del principio de igualdad. Normativa en la medida que se positiviza en Constituciones e Instrumentos Internacionales adquiriendo el status de derecho fundamental y derecho humano con un contenido constitucional protegido determinado por la interdicción de ciertos criterios, clasificaciones o categorías. Simbólica, por cuanto permite la construcción de una subjetividad ante la Ley a partir del resguardo de ciertas particularidades que originarias o adquiridas permiten a las personas ser ellas mismas ante los Otros y ante la Ley (justamente lo

⁴ CORRES, Gerardo: op. cit. pág.219

que persigue la discriminación es implantar en la subjetividad del apartado "una conciencia" de aceptación del padecimiento que sufre como una consecuencia natural de su ser o de su elección) y evita la soledad o vacío existencial (individual o grupal) de la persona transformada en tabú que ante la discriminación encuentra el acompañamiento de la Ley. Es que, justamente, la discriminación persigue el quiebre de la subjetividad de las personas, para que éstas "crean" que lo que les sucede acaece por exclusivamente por su "culpa", conforme a la cual deben sufrir una suerte de "castigo restaurador".⁵

Adviértase que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados marca el camino que han de transitar los instrumentos internacionales al especificar: "Es nulo todo tratado que al momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".-

2. La Discriminación por causa de Nacionalidad o Ascendencia

En general está asociada con determinados prejuicios derivados de acontecimientos históricos, políticos o gremiales, como aquellos relacionados con los movimientos anarquistas de principio de Siglo XX, que al descreer del concepto de patria, obviamente no aceptan las normativas legales que se contrapongan con sus conceptos internacionalistas.-

Ello ha originado la existencia de leyes o reglamentos que vedan el acceso de tales nacionales o ascendientes a cargos públicos, en función de normas de rango inferior que se contraponen con los tratados internacionales y que han sido cuestionados de manera contundente por la jurisprudencia tendiente a su descalificación constitucional, máxime cuando el cargo al que se aspira carece de connotaciones que puedan denotar que esté involucrada una situación de riesgo real o potencial vinculada con la seguridad del Estado.-

En ese sentido se ha señalado: "Una regulación referida a ciertos cargos críticos o sensibles del Estado puede ser compatible con la igualdad y la idoneidad. Mas ello no acontece en situaciones como las ahora enjuiciadas, en tanto la interdicción legal impugnada no da cabal respuesta a la pregunta sobre cuáles fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado justifican que a una docente en educación física, nacida en el Uruguay, pero íntegramente formada en el

⁵ GIL DOMINGUEZ, Andrés: "Derecho a la no discriminación y control de constitucionalidad", publicado en La Ley 06-05-2009.-

país, que procura demostrar su idoneidad específica, se le impida la posibilidad de acceder al sistema de enseñanza pública o indirectamente se le imponga, como alternativa, la tramitación y obtención de la ciudadanía argentina”⁶.-

Teniendo presente que nuestros países integran el contexto del MERCOSUR la discriminación por causa de nacionalidad resulta un contrasentido si se pretende efectivamente la integración, ya que uno de los pilares centrales en esa línea, es la libre circulación de los trabajadores de un país a otro de los integrantes del bloque con igualdad de posibilidades laborales.-

Debe destacarse que en lo que refiere a la discriminación que estamos tratando existen precedentes con basamento directo en la Constitución Nacional de 1.853, es decir previo a la incorporación del Ius Cogens en el contexto normativo supremo, en función del postulado que emerge del art. 20 de dicha Carta Magna.-

En esa línea se ha expresado que “si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan (Fallos: 305: 831 y sus citas), esa reglamentación en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria, porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido, el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que, debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”⁷.-

Por lo demás en materia probatoria se ha señalado: “cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”. Más adelante la Corte agrega: “Después de señalar la inversión del onus probandi que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto”⁸.

⁶ S.C.J. de Buenos Aires: “GEREZ, María Cecilia c/ Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes s/ Amparo”, sentencia de fecha 19-12-2007.-

⁷ C.S.J.N. Autos: “REPETTO, Inés María c/ Provincia de Buenos Aires – Inconstitucionalidad de normas legales” Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1.988

⁸ C.S.J.N. Autos: GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”, Sentencia de fecha 8 de agosto de 2.006.-

3. La Discriminación en la Ley Sindical y su impacto en el accionar gremial

El marco regulatorio en dicha disciplina está dado por la ley 23.551, que es la que instaura el modelo sindical argentino y que en su art. 7 determina de manera taxativa:

Art. 7: "Las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, **nacionalidad**, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados. Lo dispuesto regirá también respecto de la relación entre una relación de grado superior y otra de grado inferior".-

Como se advierte existe una clara definición de condena hacia la discriminación en función de las causales allí estipuladas, que en lo que hace al aspecto que estamos analizando es comprensiva del lugar de nacimiento del trabajador que pretenda sindicalizarse.-

Capón Filas analizando este aspecto normativo en lo que hace a la conducta discriminatoria expresa: "La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR reconoce entre los derechos individuales de los trabajadores el de igualdad de trato... En nuestro país es derecho aplicable, superior a las leyes, por provenir del Tratado de Asunción (C.N. art. 75 inc. 22). Cabe reconocer además, que, al recoger las normas de Derechos Humanos, forma parte del ius cogens internacional. En este caso, el convenio 111 de la O.I.T., siendo superior a las leyes, abre un camino seguido por la O.I.T., que se ha empeñado en erradicar la discriminación en las relaciones laborales y así lo ha expresado en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) decisión que compromete a nuestro país en la medida que es miembro de la Organización. El texto de la Declaración en su parte pertinente expresa: 'todos los Estados Miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios...'⁹."

Más allá de la claridad del texto comentado de la ley gremial, en interpretación que no se comparte, Enrique Strega expresa: "La igualdad de trato o no discriminación, que es una consecuencia del principio de democracia sindical, no es rígido ni absoluto, porque el principio de igualdad no se vulnera cuando se otorga un trato distinto a situaciones también desiguales o diferentes que así lo justifiquen, como es por ejemplo la edad, la situación laboral o razones de nacionalidad"¹⁰.-

⁹ C.N.A.T., Sala VI, Autos: "Stringa, Domingo Alberto c/ Unilever de Argentina S.A.", sentencia de fecha 23-10-2000.-

¹⁰ STREGA, Enrique: Asociaciones Sindicales, Colección La Ley Comentada, Buenos Aires, Set. 2007, p. 61.

Justamente la ausencia de justificación adecuada ha sido lo que ha determinado la utilización del concepto de "categorías sospechosas" por parte del máximo Tribunal de la Nación para descalificar diversos pronunciamientos o normas legales que trataban de imponer barreras al acceso al empleo (o en este caso sería a la carrera sindical) por el mero hecho de portar una nacionalidad diferente, tal como se analizará en el punto siguiente en la reseña jurisprudencial.-

Donde se plasma de manera notoria la situación de discriminación en materia sindical es en la conformación de su estructura directiva, ya que el art. 18 de la ley sindical dispone: "Para integrar los órganos directivos se requerirá: a) mayoría de edad; b) no tener inhibiciones civiles ni penales; c) estar afiliado/a, tener dos años de antigüedad en la afiliación y encontrarse desempeñando la actividad durante dos años. **El setenta y cinco por ciento de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos/as argentinos, el/la titular del cargo de mayor jerarquía y su remplazante estatutario deberán ser ciudadanos/as argentinos**".-

Guillermo López expresa que: "la ley (23.551) adopta un sistema ecléctico con respecto a sus antecedentes legislativos, pues anteriormente la ley 14.445 establecía dicha exigencia con respecto a la mitad de los cargos y la ley 20.615 exigía dicho requisito para todos sus integrantes"¹¹, aunque sin pronunciarse sobre su validez constitucional, aspecto que además exige, luego de la reforma operada al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna el control de convencionalidad, que difícilmente pudiera superar.-

Esta disposición a su vez se complementa con el art. 18 del decreto 467/88, que al reglamentar el art. 20 inc. c) de la ley gremial dispone: "Queda prohibida con la excepción contenida en el art. 36 de la ley, la adhesión a asociaciones nacionales **o extranjeras**, cuyos estatutos les permita participar en la dirección, administración o manejo patrimonial de las entidades a ellas adheridas o que admitan la facultad de disponer la intervención a sus organismos directivos".-

Hemos sostenido con anterioridad, que es una materia pendiente en cuestión de lege ferenda su modificación para adecuar dicha normativa a los textos internacionales ya que su mantenimiento sólo se entiende por prejuicios históricos totalmente alejados de una realidad que se pretende variar en procesos de integración regional y de universalización de los principios esenciales de la condición humana.-

Lamentablemente se ha dejado pasar una hermosa oportunidad de solucionar ese déficit normativo al modificarse este artículo 18 para

¹¹ LOPEZ, Guillermo A.F. – Derecho de las Asociaciones Sindicales – Ley 23.551 y su reglamentación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1.988

incorporar el cupo femenino gremial¹², sin que los legisladores hubieran tomado en cuenta este aspecto de la norma en clara contradicción con los textos internacionales, que ahora a partir del bloque de constitucionalidad incorporado por el art. 75 inc. 22 conforman derecho constitucional interno directo, por lo que ni siquiera hay que recurrir a alguna interpretación del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados para habilitar su vigencia inmediata e irrestricta.-

Strega comentando esta disposición expresa: "Con respecto a la exigencia del último párrafo del artículo sobre la nacionalidad de los dirigentes ... al no aclarar la norma si deben ser nativos o naturalizados cualquiera de las dos situaciones satisface el recaudo legal. Esta norma tiene en la actualidad sólo un valor histórico en la formación del movimiento sindical argentino, no registrando situaciones conflictivas. Sin perjuicio de ello, Capón Filas considera que es irrazonable la exigencia de la nacionalidad"¹³.-

En ese sentido, las Bases Constitucionales para América Latina y el Caribe elaboradas por el Equipo Federal del Trabajo¹⁴, en el Capítulo XI referido al Derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses, en su art. 97 en la parte pertinente expresan: "Todos los ciudadanos de los Estados Integrantes de la Unión, gozarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar de la dirección de las asociaciones que se funden, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) Votar y ser elegidos para los cargos de los órganos de las asociaciones en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal y secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

La legislación a ser dictada deberá contemplar las pautas a ser implementadas con la finalidad de otorgar las garantías indispensables que permitan que los representantes de las asociaciones de que trata este artículo, puedan desempeñar sin restricción las funciones de representación aludidas, asegurando el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en este artículo.-

¹² Ley 25.674 – Ver al respecto el análisis crítico de dicha normativa efectuado por SAPPPIA, Jorge: "El cupo femenino en el Derecho Colectivo del Trabajo y el Principio de Libertad Sindical", D.T. 2.003, B- 947.-

¹³ STREGA, Enrique: op. Cit., pág. 133.-

¹⁴ Presentada en el XII Congreso Nacional realizado en el Senado de la Nación, Salón Illía, los días 25 y 26 de Agosto de 2.005.

4. Algunos casos paradigmáticos de discriminación por causa de nacionalidad:

A. El caso Repetto:

El mismo refiere a una docente de nacionalidad norteamericana, quien había ingresado al país a los tres años de edad, donde había cursado la totalidad de los estudios hasta obtener el título habilitante como Profesora de Educación Preescolar con validez nacional y provincial, la que cuestiona por vía de inconstitucionalidad el art. 5 inc. a) del Reglamento General de Escuelas Primarias que establece el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con dos años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente de un establecimiento de enseñanza privada. La Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires sostiene que al interpretar el requisito de idoneidad, cabe que exija la condición de ser argentino, a efectos de salvaguardar el desarrollo de un sentimiento nacional.-

La mayoría de nuestro máximo Tribunal Nacional admite el recurso interpuesto, señalando de manera contundente en el considerando 4º que: "el art. 20 de la Constitución Nacional establece que 'los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, pueden ejercer su industria, comercio y profesión...' Al decir de Joaquín V. González 'esta declaración, que se aparta en mucho del modelo norteamericano, se propone establecer la igualdad civil entre ciudadanos y extranjeros y confirmar expresamente algunos derechos que por razones de conveniencia, de religión o de costumbres, algunas naciones no conceden al extranjero y ratificar al mismo tiempo las estipulaciones del Tratado con Inglaterra de 1825' (Manual de la Constitución Argentina, Nº 219). Y añade el mismo autor que 'con respecto al derecho profesional, lo llamaremos así, la Constitución Argentina, es como en todas las otras materias, una de las más liberales que se conoce, pues, todos los derechos que consagra en tal sentido son iguales para el nacional y el extranjero' (Obras completas, t. VII, p. 467). No hay pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles, y especialmente al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional".-

B. El caso Calichio¹⁵:

El mismo refiere a una médica de nacionalidad brasileña que había cursado su carrera universitaria en la Universidad Nacional de Córdoba donde se

¹⁵ "CALICCHIO, SILVANA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA – AMPARO – EXPTE.: Nº 1110600/36" – Sentencia del mes de octubre de 2.006.

había recibido, había contraído enlace con un ciudadano argentino, con el cual tenía hijos argentinos y había prestado servicio en hospitales públicos provinciales bajo la modalidad de contrato temporal y que al producirse un llamado a concurso para conformar la dotación permanente del equipo de salud humana de la provincia, se encuentra con que uno de los requisitos para poder acceder al cargo era poseer la nacionalidad argentina, razón por lo cual interpone una acción de amparo con petición de inconstitucionalidad de la norma provincial.-

En los argumentos dados por el A-quo se sostuvo: "...el artículo de la ley provincial tachado de contrario a normas constitucionales es reglamentario del art. 16 de la CN, el cual establece que todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Por lo dispuesto en el art. 28 de la CN, este principio no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio. **Siendo así, la inconstitucionalidad consiste en lo irrazonable de la reglamentación, pues desnaturaliza sin motivo el espíritu del mandato constitucional.** A partir de allí se deduce la flagrante irrazonabilidad de la norma provincial, que no justifica las causas para discriminar a los extranjeros en la forma en que lo hace, al privarlos de la posibilidad de concursar un cargo público, derecho que en cambio sí concede a los nacionales. Tampoco aduce la norma cuestionada un interés estatal y mucho menos una cuestión de Estado que pueda justificar la restricción que consagra. Sin intentar siquiera la prescripción local cobijarse en alguna razón del tipo de las mencionadas o cualquier otra plausible, sino que excluye sin motivación; la inconstitucionalidad surge manifiesta, como lo reconoce el propio representante del Gobierno de la Provincia. De más está decir que, igualmente, el precepto atacado viola el derecho a trabajar de todos los habitantes de la Nación (art. 14 CN); la igualdad entre argentinos y extranjeros (art. 20 CN); el principio de igualdad y no discriminación de todas las personas, establecido en los arts. 1 y 24 del "Pacto de San José de Costa Rica", los que en función del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna tienen jerarquía constitucional, preceptos todos que, como es sabido, tienen supremacía por sobre cualquier otra ley o disposición (art. 31 CN). Como se anticipó y por la facultad otorgada explícitamente por el art. 43 de nuestra Ley Suprema, sin perjuicio del control de constitucionalidad difuso a cargo de todo juez, debemos concordar en que el art. 15, inc. a, de la Ley Provincial 7625 es inconstitucional".

C. El caso Paucar Flores¹⁶:

El supuesto en análisis refiere a un despido indirecto de un trabajador de nacionalidad peruana por injurias laborales realizadas por su empleador, donde el demandante requirió el pago de un adicional por daño moral por insultos racistas proferidos hacia el accionante y su esposa. En

¹⁶ "PAUCAR FLORES, JORGE LUIS C/ COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES CAPITAL S.A. Y OTROS S/ DESPIDO" – C.N.A.T., Sala VII, Sentencia de fecha 27 de Marzo de 2006.-

primera instancia no se hizo lugar sosteniendo que los términos empleados carecían de connotación discriminatoria y que simplemente habían sido dichos en un contexto de ofuscación, que no autorizaba una condena adicional. La Cámara revocó dicha parte del decisorio.

"...Todo lo que puntualizo, sumado a la comprobada circunstancia acreditada por testigos presenciales del hecho (Massone, fs. 431/433 y Mancuello, fs. 434/435), que dieron noticia cierta que la actitud asumida por el empleador en inferir improperios de grueso tenor al trabajador como a su esposa ("...peruano hij.. de put.." (sic), "...atorranta de tu mujer..." (sic) v. Massone; v. Mancuello que dio noticia de que el demandado Nakkache expresó que "...iba a ir a buscarlo a la casa del actor a buscarlo...de cualquier forma iba a traerlo a ese peruano de mierda a trabajar..." (sic); me forma convicción que dicho comportamiento iba más allá de un simple estado de ofuscación o exaltación del empleador por la ausencia del actor a sus tareas, sino más bien **configura una asumida e instalada actitud costumbrista de desprecio respecto de los orígenes del trabajador**, por lo que estimo procedente hacer lugar a la reclamación por daño moral, modificando por consecuencia el fallo en este punto y fijar la cuantía de la indemnización por este concepto en la suma de \$2.500 más sus intereses conf. acta 2357/02 CNAT".

D. El caso Hooft¹⁷:

En este caso la norma cuestionada tenía rango constitucional provincial, el art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que exigía que para poder acceder al cargo de Juez de Cámara el postulante debía haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, mientras que el requirente que se desempeñaba a esa fecha como juez de primera instancia era ciudadano naturalizado, ya que había nacido en Utrecht, Holanda y había obtenido la ciudadanía argentina en 1.965, destacando además que había cursado sus estudios primarios, secundarios, universitarios y de postgrado en el país.-

El máximo Tribunal Nacional descalifica tal precepto de jerarquía inferior, señalando entre otros argumentos que, tanto el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), como el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - ambos equiparados jerárquicamente a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) establecen que "Todos los ciudadanos" deben gozar (o gozarán) "de los siguientes derechos y oportunidades"... "c) [De] tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Ante preceptos tan explícitos, una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos ("ciudadanos", en los

¹⁷ C.S.J.N., Autos: "HOOFT, Pedro Cornelio Francisco c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad" (Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2.004)

pactos) de primera clase (los "nativos" y los "por opción"), y otros de segunda clase (los "naturalizados", como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique.

Agrega el máximo Tribunal Nacional que: Que resultan aplicables las palabras de John Stuart Mill: "...Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana 'o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras'. La presunción a priori es en favor de la libertad y de la imparcialidad" (The Subjection of Women. Wordsworth Classics of World Literature 1996, pág. 118.)-

E. El caso Gottschau

En este supuesto se trataba de una abogada de nacionalidad alemana que residía en forma permanente en el país desde el año 1.983, quien se presentó como postulante para el concurso de Secretaria de Primera Instancia del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, habiéndosele negado su posibilidad por el Plenario del Consejo de la Magistratura y al promover la acción de amparo, fue desestimada su petición en las instancias inferiores, lo que motivó el avocamiento del máximo Tribunal Nacional.

Al respecto se señaló: "... 4º) Que sí es aplicable, en casos como el de Gottschau, el art. 16 de la Constitución Nacional que, en lo que interesa, dispone "Todos sus habitantes (de la Nación Argentina) son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad (...)" . Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros).

El ámbito del art. 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos "habitantes de la Nación".

Más adelante se agregó: 6º) Que, por lo dicho, la demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exigencia de nacionalidad

argentina a un secretario de primera instancia era razonable o aun conveniente para la Ciudad de Buenos Aires y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado — como es, por ejemplo, la jurisdicción— que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado”.

Finalmente concluye: “9º) Que, además, y ya con referencia a los medios aludidos en "Hooft" —y a la necesidad de aplicar alternativas menos gravosas, cuando existieran— se advierte claramente que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, no a la nacionalidad —como hizo— sino a la extensión de la residencia en el país, o al lugar en el cual los estudios fueron efectuados, como modos de acreditar el arraigo al que la norma impugnada parece apuntar. Como nada de esto fue hecho, cabe concluir que tampoco se ha respetado la necesidad de elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante”.

F. El Caso Dávila Guevara¹⁸:

Se trata de un despido directo dispuesto por la patronal, luego de haber intimado a la actora de nacionalidad peruana para que acreditara la normalización de su situación migratoria dentro del plazo de 30 días corridos, sin que ello hubiera acontecido.-

El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia condenatoria hacia la empresa con fundamentos en las normas de orden interno (arts. 40 y 42 L.C.T., contrato de objeto prohibido) y extractos de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así señaló: “133: Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada adquiere inmediatamente la condición de trabajador y consecuentemente los derechos inherentes a dicha condición... Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos debe realizarse sin discriminación alguna”.-

Más adelante agrega: “136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los

¹⁸ C.N.A.T., Sala V – Sentencia de fecha 23-4-2008, autos: “Dávila Guevara Eglá Leonor c/ Rovepe S.R.L. s/ despido”

trabajadores sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo, en condiciones desfavorables en comparación con otros trabajadores”.-

“148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros y de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador) El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.”.-

Y concluye el precedente: “160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación respecto de los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que le corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo y este último debe tomar las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos”.-

G. Las causas “Guaraschi Mamami Tito y otros”¹⁹ y “Sánchez Alterino, Néstor Alejandro y otros”²⁰.

En ambos casos se trataba de empresas dedicadas a la confección y venta de indumentaria que habían tercerizado la manufacturación de las prendas en talleres donde trabajaban inmigrantes bolivianos, habiéndose formulado denuncia por violación del art. 117 de la ley 25.871.-

En ambos casos se dictó el sobreseimiento entendiendo que “nada indica que estos talleres hayan funcionado mediante algún mecanismo ilegal de captación de inmigrantes, ya que ninguna de las pruebas sugiere que hayan sido obligados a trabajar o permanecer en el lugar como se sospechó al inicio de la investigación” (Guaraschi Mamami, Tito...).-

En el restante precedente se señala (en criterio que no compartimos) “que no hubo aprovechamiento de la situación migratoria irregular de las personas que trabajan en los talleres, explicando a tal efecto cuáles son las costumbres y pautas culturales de los pueblos originarios del altiplano boliviano, de donde proviene la mayoría de los ocupantes de los inmuebles allanados... En síntesis se señaló que se trataba de un grupo humano, que convive como un ayllu o comunidad familiar extensa originaria de aquella región andina, que funciona como una especie de

¹⁹ C.N.Crim y Correc. Federal, Sala II, 20-11-2007

²⁰ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 5, Sec. 10 – 8-4-2008

cooperativa de ayuda mutua donde se comparten los gastos y se reparten las ganancias” (Sánchez Alterino, Nelson Alejandro)

5. Conclusiones

a) La conducta discriminatoria es una práctica abusiva que no puede ser tolerada no sólo porque así lo imponen las normas internacionales a las cuales nuestro país ha adherido e incorporado como derecho positivo como parte integrante de su Carta Magna, sino porque tal actitud afecta y afrenta a la dignidad humana de la víctima y desvaloriza a la sociedad que habilita tal tratamiento.-

b) La discriminación por causa de nacionalidad se encuentra arraigada en conceptos vinculados con las concepciones vetustas de “patria” y de “defensa nacional”, que nada tienen que ver en la actualidad con el moderno desarrollo de la humanidad y con la idea de la integración que nuestro país postula.-

c) En ese contexto merece destacarse que la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, la que debe ser considerada como integrando el contexto del Ius Cogens y que obliga a los Estados Miembros a garantizar la erradicación de la discriminación, la que se torna muchos menos atendible cuando de nacionalidad se trata, si efectivamente se pretende lograr la libre circulación de personas, bregando por la constitución de la ciudadanía mercosureña.

d) La Corte Nacional ha sentado de manera categórica que toda distinción basada en nacionalidad del postulante a un cargo público o cualquier afectación en el empleo conforma una categoría sospechosa que debe ser examinada de manera restrictiva de modo tal de lograr que se preserve la igualdad consagrada constitucionalmente entre nativos y extranjeros.

e) Si esto se logra, para lo cual existen numerosas disposiciones tanto de acceso a cargos públicos, en las esferas nacional, provincial o municipal, como en el ejercicio de la función gremial, que deberán ser prontamente modificadas, se habrá dado un paso gigante a la hora de alcanzar los postulados de la Unidad Latinoamericana por la que bregaron con lucidez nuestros más venerados próceres.-