

Licencia patronal para discriminar.

Nulidad e inconstitucionalidad del DNU 70/23 y de su regulación del despido discriminatorio.

Por Juan I. Orsini y Ricardo J. Cornaglia.¹

A la memoria de Moisés Meik.

I. Introducción.

El 21/12/2023 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia N°70/23, titulado “*Bases para la reconstrucción de la economía argentina*”.

Entre la multiplicidad de temas que abarca en sus trescientos sesenta y seis artículos (que involucran temáticas tan diversas como cuestiones económicas, societarias, aduaneras, de comercio exterior, tarjetas de crédito, etc., derogando decenas de leyes y modificando muchas otras), el reglamento incorpora en su Título V (“*Trabajo*”, arts. 53 a 97) una **ambiciosa? caótica** reforma laboral.

Sin perjuicio de las múltiples críticas que merece la totalidad de las modificaciones laborales introducidas por el decreto bajo examen -orientadas unidireccionalmente a degradar, de manera regresiva, buena parte de los derechos que los trabajadores conquistaron a lo largo de varias décadas-² en el presente trabajo nos limitaremos a analizar brevemente -por un lado- la nulidad e inconstitucional formal del

¹ Los autores son exponentes de la escuela platense de derecho social. El primero es profesor titular por concurso de la materia Derecho Social (del Trabajo y la Previsión Social), Director del Instituto de esa materia y de la carrera de posgrado de especialización y el segundo Profesor Extraordinario Emérito por resolución de la U.N.L.P. Dedicamos el trabajo a la memoria de quien perteneciendo a esa misma escuela los honró con sus enseñanzas y amistad. Fuente de este artículo: publicado en Revista Derecho Laboral de Rubinzal Culsoni.

² Sobre las categóricas críticas que han merecido otros aspectos de la reforma laboral implementada por el DNU 70/2023, se pueden consultar los interesantes trabajos publicados por diversos autores en el Dossier N°6 de la Revista de Derecho Laboral-Actualidad, “*La reforma Laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, enero de 2024. Asimismo, ver Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, “*Dictamen sobre el DNU 70/23 en materia social desde el prisma de los principios, derechos y garantías constitucionales*”, 28/12/2023, en Revista La Defensa, N° LXXXVII (enero de 2024), disponible en: <https://www.ladefensa.com.ar/dictamen-sobre-el-dnu-70-23--en-materia-social-desde-el-prisma-de-los-principios--derechos-y-garantias-constitucionales.html>.

reglamento, y -por el otro- la invalidez material de la regulación que introduce en materia de despido discriminatorio.

Lo formal hace al respeto de la división de los poderes en la República, lo material a la operatividad legislativa de derechos humanos y sociales fundamentales que en la Constitución y Los tratados internacionales a los que adherimos en esa materia están conculcados.

II. Nulidad e inconstitucionalidad formal del DNU 70/23.

Es indiscutible que, al dictar el DNU 70/23, el Presidente de la República ha vulnerado de forma manifiesta los límites que la Constitución Nacional le impone a las funciones legislativas que -con carácter excepcional- asigna al Poder Ejecutivo.

Cuadra recordar que la categórica regla general que establece nuestro orden constitucional en la materia es que *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”* (art. 99.3, segundo párrafo, CN).

Por lo tanto, solo muy excepcionalmente, cuando se cumplen las estrictas condiciones establecidas en los párrafos tercero y cuarto del art. 99.3 de la Constitución, puede el Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter materialmente legislativo, cuya validez queda sujeta -en primer lugar- a que se produzca la ratificación por el Poder Legislativo, y -en segundo orden- al control de constitucionalidad que debe ejercer el Poder Judicial.

Aunque estas reglas hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno (art. 1, CN), por lo que deben ser conocidas por cualquier ciudadano mínimamente (in)formado, es importante recordarlas en estos tiempos aciagos, en los que, aunque parezca mentira, hay quienes se animan a afirmar públicamente que, en nuestro sistema constitucional, el Presidente es *“una figura análoga al Rey”*, que puede por lo tanto legislar en forma indiscriminada cuando el Parlamento *“no tiene suficientes mayorías”* o *“no son posibles los acuerdos”*, supuestos en los cuales el Presidente puede adoptar *“medidas expeditas, de valentía política, de ejercicio de la Jefatura Suprema de la Nación”*.³

³ Barra, Rodolfo Carlos, *“El instituto jurídico del decreto de necesidad y urgencia”*, en Infobae, Buenos Aires, 22/12/2023. Cabe destacar que, coherente con el espíritu monárquico de su pensamiento, el autor de

Frente a semejante dislate jurídico, cabe recordar, pues que, en una república democrática como (debe ser) la nuestra, las excepcionales facultades co-legislativas que la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo son de carácter excepcional, y están severamente restringidas por el propio texto constitucional (art. 99.3, CN), norma que, tras prescribir -como vimos- que el Presidente no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, permite exceptuar esa regla general *“solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”*, hipótesis en la cual el Poder Ejecutivo *“podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”*.

Es importante destacar que -como lo ha señalado la Corte Suprema en forma categórica- la reforma constitucional de 1994 tuvo como evidente finalidad limitar (y no ampliar) la potestad del Presidente para dictar estas normas materialmente legislativas, atenuando el presidencialismo.⁴ De allí que se haya sostenido que el ejercicio de la facultad co-legislativa excepcional que el art. 99.3 de la CN reconoce al Poder Ejecutivo merece una interpretación sumamente estricta, para no desvirtuar el principio general prohibitivo.⁵ De manera incluso más enfática se ha dicho en el ámbito de la Corte Federal que cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo *debe reputarse prima facie inconstitucional*, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones previstas en los párrafos tercero y

esa nota fue designado por el Presidente que emitió el DNU 70/23 como Procurador del Tesoro de la Nación, para lo cual debió modificarse la normativa vigente, que le impedía acceder a ese cargo por exceder la edad máxima admisible. Nada menos republicano (y más monárquico) que modificar una norma general para beneficiar a un sujeto particular (pues en una República son los ciudadanos los que deben adaptarse a las normas generales, y no éstas ser moldeadas en beneficio de intereses particulares).

⁴ CSJN, 19/8/1999, *“Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional”*. Con acierto se dijo allí que: *“el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”* (considerando 8° del voto de la mayoría). En similar sentido, CSJN, 19/5/2010, *“Consumidores Argentinos c/ EN - PEN -Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”*, considerando 10° del voto de los Jueces Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 10° del voto de la Jueza Highton de Nolasco; considerando 10° del voto del Juez Maqueda; considerando 10° del voto de la Jueza Argibay

⁵ Bidart Campos, Germán, *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, Ediar, Buenos Aires, 2000, T. II-B, p. 213.

cuarto del art. 99.3 de la Constitución.⁶ **Como se puede advertir, a despecho de los nostálgicos del antiguo régimen, las autocracias y las monarquías, nada en el texto de nuestro texto constitucional habilita a sostener que, ha dejado de ser una república democrática, el Presidente puede dictar normas materialmente legislativas, sin otro límite que su discrecionalidad, por el solo hecho de no conseguir las mayorías parlamentarias que exige la Constitución para sancionar las leyes.**

Con arreglo a la consolidada posición de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, que ha precisado los alcances del citado art. 99.3 de la norma máxima, para que un decreto de necesidad y urgencia resulte constitucionalmente válido desde el punto de vista formal, es necesario que: (i) se dice en acuerdo general de Ministros; (ii) exista la situación excepcional que impida seguir el trámite normal para la sanción de las leyes por parte del Poder Legislativo; (iii) no se legisle sobre las materia vedadas por la Constitución; (iv) el decreto sea ratificado legislativamente; (v) las modificaciones introducidas por el DNU no sean de carácter permanente (lo que impide modificar por decreto, con vocación de permanencia, las normas que integran las materias regladas por los Códigos de fondo previstos en el art. 75.12 de la Constitución).

Ahora bien, sin perjuicio de otras consideraciones adicionales que podrían señalarse, es indudable que el DNU 70/23 es insanablemente nulo y formalmente inconstitucional, porque: (i) el decreto no ha sido ratificado legislativamente; (ii) no existe necesidad ni urgencia para modificar la legislación laboral de modo regresivo; (iii) las modificaciones introducidas en materia laboral se pretenden adoptar con carácter permanente.

En lo que respecta a la intervención legislativa, pese a que ya se encuentran vencidos todos los plazos previstos en el art. 99.3 de la CN y en los arts. 18 y 19 de la ley 26.122, al momento en que escribimos este texto el Parlamento no ha adoptado decisión alguna sobre la validez del DNU 70/23, al punto que ni siquiera se encuentra debidamente conformada la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99.3 de la Constitución. No huelga señalar que, a despecho de lo que prescribe el art. 17 de la ley

⁶ CSJN, 19/5/2010, "*Consumidores Argentinos c/ EN - PEN -Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986*", considerando 11° del voto de la Jueza Argibay; CSJN, 28/6/2011, "*Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido*", considerando 5° del voto de la Jueza Argibay.

26.122⁷, en postura férreamente arraigada en un sector de la jurisprudencia no puede considerarse que el silencio del Poder Legislativo implique una convalidación ficta del decreto de necesidad y urgencia, por lo que la sola ausencia de ratificación del decreto por el Poder Legislativo, determina su insanable nulidad e inconstitucionalidad.⁸

Con todo, aun dejando de lado la referida hermenéutica que priva de valor a los DNU por la sola ausencia de ratificación legislativa, es evidente a todas luces que, en este caso, no median las razones de necesidad y urgencia que exige el art. 99.3 de la Constitución para exceptuar la regla que prohíbe al Presidente ejercer funciones legislativas.

En efecto, en modo alguno se evidenciaban, al momento de sancionarse el reglamento bajo examen, la existencia de “*circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”. Como lo ha expresado la Corte Suprema, para que se configure ese excepcional escenario es menester: (i) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan (como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal); o (ii) que la situación que requiere solución legislativa

⁷ “Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil”.

⁸ CSJN, 19/8/1999, “*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional*”, considerandos 14 y 15 del voto del Juez Petracchi; CSJN, 26/8/2008, “*Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*”, voto del Juez Maqueda; CSJN, 19/5/2010, “*Consumidores Argentinos c/ EN - PEN -Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986*”, considerando 15° del voto del Juez Maqueda, considerando 11° del voto de la Jueza Argibay y considerando 3° del voto del Juez Petracchi; CSJN, 28/6/2011, “*Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido*”, considerando 5° del voto del Juez Petracchi y considerando 6° del voto de la Jueza Argibay; CSJN, 7/10/2021, “*Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*”, considerando 14 del voto del Juez Rosatti y considerando 10 del voto del Juez Rosenkrantz. Cabe destacar que, aun cuando todos esos fallos se refieren a decretos anteriores a la sanción de la ley 26.122, los argumentos allí expresados pueden ser válidamente aplicados a los decretos alcanzados por ese texto legal, lo que torna muy dudosa la validez constitucional del art. 17 de la ley 26.122 (norma que, al establecer que el DNU sigue vigente ante el silencio parlamentario, pareciera convalidar una aprobación tácita por el Poder Legislativo, en contradicción al art. 82 de la C.N.). En otro orden, no puede soslayarse que, con arreglo a los precedentes citados, tres de los actuales Jueces de la Corte Suprema (Maqueda, Rosatti, Rosenkrantz) piensan que la sola ausencia de ratificación legislativa determina por sí la invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, criterio que, por tanto, debería llevarlos a declarar la invalidez del DNU 70/23. Para más, el criterio restrictivo sobre la validez de los DNU no convalidados por el Poder Legislativo ha sido ratificado por la actual integración de la Corte, en un precedente reciente, firmado por todos sus jueces, en el que declaró la inconstitucionalidad de un decreto emitido en el año 2018, cuando ya estaba vigente la ley 26.122 (CSJN, 22/6/2023, “*Morales, Blanca Azucena c/ ANSeS s/impugnación de acto administrativo*”).

sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.⁹

Tales circunstancias no existen en el presente, pues, más allá de que el estado del país dista, en mucho, de ser idílico, de un lado no existe impedimento alguno que impida funcionar normalmente al Parlamento- y -del otro- tampoco puede sostenerse que exista urgencia alguna para degradar en forma sistemática los derechos de los trabajadores, reformando de modo permanente aspectos sustanciales de la regulación jurídica de las relaciones de trabajo sin intervención del Poder Legislativo.

En relación a ello, cabe destacar que, pocos días después de dictar el DNU 70/23, el Poder Ejecutivo convocó al Parlamento a sesiones extraordinarias¹⁰, enviando un proyecto de ley (vulgarmente conocido como “ley ómnibus”) que también pretende modificar en forma sustancial buena parte del sistema jurídico nacional (e, incluso, ratifica en uno de sus artículos el DNU 70/23), convocatoria que incluso después fue prorrogada¹¹, lo que demuestra -sin margen para la duda- que el Poder Legislativo estaba en condiciones de funcionar, pues de otro modo el Poder Ejecutivo no habría convocado esa sesión legislativa especial. La pregunta surge, pues, evidente: ¿qué razón objetiva y urgente impedía enviar la reforma laboral implementada el 21/12/2023 mediante el DNU 70/23 al debate parlamentario que el propio Presidente convocó el 26/12/2023? Y la respuesta es clara: ninguna, lo que demuestra que el DNU 70/23 es nulo e inconstitucional por haber soslayado en forma grosera la intervención del Poder Legislativo en materias que son de su exclusiva competencia (art. 75.12, C.N.).

No cabe soslayar, en ese sentido, que -como también lo ha dicho la Corte- en esta materia corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales

⁹ CSJN, 19/8/1999, “*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional*”, considerando 9 del voto de la mayoría; CSJN, 19/5/2010, “*Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986*”, considerando 13° del voto de la mayoría; CSJN, 22/6/2023, “*Morales, Blanca Azucena c/ ANSeS s/impugnación de acto administrativo*”, ap. VI, párrafo 6° del Dictamen de la Procuración General, al que adhirió la Corte por unanimidad. De ello se deduce que la opinión de Barra, fincada en que “*las circunstancias excepcionales que obstan al trámite ordinario legislativo*”, no son ni una guerra, terremoto, invasión extraterrestre, o similar, sino la situación misma”, por lo que bastaría con que el Poder Ejecutivo “no tenga suficientes mayorías” o “no sean posibles los acuerdos”, (Barra, op. cit. en nota 2) se contraponen frontalmente con el texto constitucional y con la acertada doctrina restrictiva de la Corte Federal.

¹⁰ Decreto 76/2023 (B.O. del 26/12/2023).

¹¹ Decreto 57/2024 (B.O. del 22/1/2024).

por medio de un decreto.¹² Dicho en otros términos: cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son.¹³

Finalmente, el DNU 70/23 pretende reformar de forma permanente (y no de modo transitorio, para enfrentar una supuesta situación de emergencia) numerosas normas laborales, hecho que también determina su invalidez constitucional formal con arreglo a la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la Corte ha ponderado que, cuando las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo mediante un DNU a leyes dictadas por el Poder Legislativo no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional, el decreto debe reputarse inválido, por no verificarse las circunstancias fácticas previstas en el art. 99, inciso 3 de la Constitución Nacional.¹⁴ Afirmación que, si bien puede predicarse con carácter general, se torna incluso más restrictiva en materia laboral, toda vez que -como también lo ha enfatizado el Alto Tribunal- los derechos sociales, tutelados explícitamente en la Constitución Nacional, deben ser reglamentados por leyes formales -fruto de los debidos consensos obtenidos por los representantes legislativos para dar respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad-, pero nunca aniquilados, ni aun en la emergencia, mediante un decreto de necesidad y urgencia.¹⁵ Mucho más aun cuando, en todo caso, la existencia

¹² CSJN, 19/8/1999, "*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional*", considerando 9 del voto de la mayoría; CSJN, 23/6/2023, "*Morales, Blanca Azucena c/ ANSeS s/impugnación de acto administrativo*", ap. VI, párrafo 11° del Dictamen de la Procuración General, al que adhirió la Corte por unanimidad.

¹³ CSJN, 19/5/2010, "*Consumidores Argentinos c/ EN - PEN -Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986*", considerando 13° del voto de la mayoría; CSJN, 23/6/2023, "*Morales, Blanca Azucena c/ ANSeS s/impugnación de acto administrativo*", ap. VI, párrafo 11° del Dictamen de la Procuración General, al que adhirió la Corte por unanimidad.

¹⁴ CSJN, 19/5/2010, "*Consumidores Argentinos c/ EN - PEN -Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986*", considerando 14° del voto de la mayoría. En similar sentido, CSJN, 7/10/2021, "*Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional -Ministerio del Interior- s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*", considerando 12 del voto de la mayoría y considerando 17° del voto del Juez Rosatti.

¹⁵ CSJN, 19/8/1999, "*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional*", considerando 10 del voto de la mayoría y considerando 18° del voto del Juez Petracchi. Por el contrario, si el DNU modifica la legislación laboral por tiempo determinado, en favor de los trabajadores, ante una verdadera situación de emergencia, y fue convalidado legislativamente, su validez constitucional debe ser declarada (CSJN, 28/6/2011, "*Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido*", fallo en el que la Corte declaró constitucionalmente válidos los DNU que prorrogaron sucesivamente la indemnización agravada originalmente establecida en el art. 16 de la ley 25.561).

de un estado de emergencia económica y social obliga al Estado a proteger más (y no menos) a los trabajadores, desde que -con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Federal- las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" "*hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia 'mayor, no menor'*" por lo que no es admisible que el peso de esas medidas "*recaiga en última instancia en las familias trabajadoras*".¹⁶

De todo lo hasta aquí expuesto se colige que -desde el punto de vista formal- el DNU 70/23 es -además de inconstitucional- nulo, de nulidad absoluta e insanable (art. 99.3, segundo párrafo CN), por lo que, lógicamente, no puede producir efecto jurídico alguno.¹⁷ Precisamente, por argumentos similares a los que aquí han sido expuestos, al momento en que este artículo estaba concluido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declaró la inconstitucionalidad de todo el Título IV del DNU 70/2023, por considerarlo violatorio del art. 99.3 de la Constitución Nacional.¹⁸

Para concluir con este apartado cabe señalar que la hipotética convalidación del DNU 70/2023 por el Poder Legislativo no implica blindar su validez, pues, aun producida esa eventual ratificación, el Poder Judicial está facultado a ejercer -incluso desde el punto de vista formal- si efectivamente se encuentran presentes las notas de necesidad y urgencia exigidas por el art. 99.3 de la Constitución. En tal caso, de considerarse -como resulta nítido- que no se verifican tales recaudos constitucionales, corresponderá declarar la inconstitucionalidad tanto del DNU como de su posterior ratificación legislativa.¹⁹

¹⁶ CSJN, 18/6/2013, "*Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*", considerando 11.

¹⁷ Por definición, la nulidad absoluta de un acto jurídico implica que, declarada su nulidad, el mismo carece de todo efecto jurídico, debiendo retornar las cosas al estado anterior al momento de emitirse el acto, al punto que, por su carácter absoluto (calificado por el propio texto constitucional como "insanable") la nulidad es inconfirmable e imprescriptible. La sentencia (o el rechazo parlamentario) que pronuncian la nulidad tienen efecto meramente declarativo, con efectos retroactivos al momento de la emisión del decreto. Siendo ello así, todos los hechos (v.g., un despido discriminatorio) ocurridos en el período entre que se sancionó el decreto nulo y se lo declaró inválido, no quedan amparados por la norma cuya invalidez se decretó (legislativa o judicialmente), sino por la que fue inconstitucionalmente modificada por el Poder Ejecutivo. De allí que el art. 24 de la ley 26.122, en cuanto estipula que, declarado inválido el DNU por el Poder Legislativo, *quedan "a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia"*, es manifiestamente inconstitucional, pues otorga validez temporal (en el período que transcurre desde su dictado hasta su invalidación legislativa) a una norma que -por imperio directo de la propia Constitución- es nula de nulidad absoluta e insanable (lo que implica, lógicamente, que nunca pudo ser "saneada", ni siquiera con efectos temporales, por el Poder Legislativo al dictar la ley 26.122).

¹⁸ CNAT, Sala de FERIA, 30/1/2024, "*Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de amparo*".

¹⁹ Es interesante destacar que, en la primera sentencia definitiva que se conoció sobre la validez del DNU 70/23 (Juzgado Nacional del Trabajo de FERIA, 24/1/2024, "*Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de amparo*"), la jueza interviniente, tras

III. Inconstitucionalidad material del régimen sobre despido discriminatorio previsto en el DNU 70/23.

1. El estado del arte al momento de sancionarse el DNU 70/23.

Si bien nuestra legislación laboral no contenía, hasta la sanción del decreto bajo examen, una regulación general sobre los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales²⁰, sí establece supuestos concretos de esa clase de *despidos injustificados agravados*²¹, despidos *doblemente ilícitos*²² en los que, a la violación de los derechos constitucionales a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis. CN) y al trabajo (art. 75.22, C.N.) se añade la vulneración de la prohibición de discriminar, o de

declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos del decreto, aclaró al final del fallo que la decisión adoptada quedaba “*supeditada y no podría oponerse a la posible actividad legislativa posterior que, por vía de hipótesis, ratificara todo el DNU 70/2023*”, añadiendo que “*Cualquier cuestionamiento al contenido normativo así ratificado requeriría, claramente, un nuevo proceso judicial*”, dando a entender, por lo tanto, que la eventual ratificación legislativa posterior del DNU dejaría sin efecto la declaración de inconstitucionalidad allí pronunciada. Más allá de otras críticas que merece esa sentencia (que relativiza y pone innecesariamente en duda la vigencia de principios constitucionales del Derecho del Trabajo y hasta el contenido alimentario de los derechos de los trabajadores), no puede sino disentirse con esa errada afirmación: una sentencia judicial nunca puede quedar condicionada en su eficacia a una modificación legislativa posterior a su dictado. Lo contrario importaría tanto como proclamar la existencia de una sentencia cuya eficacia de cosa juzgada (atributo que implica ontológicamente, por definición, la inmutabilidad y la coercibilidad de la decisión judicial) queda supeditada a una suerte de condición resolutoria (la posterior intervención del Congreso), argumento que trastoca y tira por la borda toda la teoría general del Derecho Procesal. Correctamente, ese tramo de la sentencia también fue revocado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT, Sala de FERIA, 30/1/2024, “*Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de amparo*”, considerando 9°).

²⁰ Excepcionalmente, el art. 11 de la ley 25.013 (B.O. del 24/9/1998) introdujo una regulación sobre los despidos discriminatorios, norma que fue derogada por el art. 41 de la ley 25.877 (B.O. del 19/3/2004).

²¹ La expresión “*despidos injustificados agravados*” fue acuñada en el ámbito de la Escuela Platense de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata para contemplar todos aquellos despidos que, a diferencia de los despidos justificados (art. 242, LCT), parcialmente justificados (arts. 247 y 254, LCT) e injustificados (art. 245, LCT), son dispuestos en violación a derechos fundamentales, lo que justifica una sanción (nulidad y/o reparación integral del daño) más enérgica que la prevista para las restantes clases de despidos [ver Orsini, Juan Ignacio, “*Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador*”, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, año 5, n° 38, pp. 580/596; Gatti, Angel Eduardo y Orsini, Juan Ignacio, “*Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*”, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2015, pp. 503/573). Posteriormente, esa expresión fue hecha propia por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que ha señalado que: “*frente al despido dispuesto por el empleador sin justa causa al que hace referencia el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (es decir, un despido injustificado), nos hallamos, en la especie, frente a un despido dispuesto por el empleador con base en una causa expresamente prohibida por las normas constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa legal antidiscriminatoria (es decir, un despido injustificado agravado), circunstancia que justifica la ajenidad de la controversia objeto de esta litis al régimen establecido en aquella norma legal*” (SCBA, 8/8/2012, “*Sffaeir, Carolina c/ Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH). Despido*”).

²² Meik, Moisés, “*Despido discriminatorio y derecho a la estabilidad. Avances jurisprudenciales como motor de un debate necesario*”, en Revista de Derecho Social Latinoamérica, N° 1, 2006; pp. 139/151.

otros derechos fundamentales del trabajador (v.g., la libertad sindical, la salud, la protección de la maternidad, etc.).²³

Aun cuando solo en algunos de esos casos (violación de la tutela sindical de los representantes gremiales formalmente electos como tales, arts. 48/52, ley 23.551) la normativa laboral establece en forma expresa que el trabajador despedido tiene derecho a reclamar la nulidad del despido y a ser reinstalado en su puesto de trabajo, en todos esos supuestos de despidos agravados reglados, así como ante cualquier otro supuesto de despidos que, aun cuando no estén expresamente legislados como agravados, vulneren el principio de no discriminación o violen otros derechos humanos de los trabajadores, la doctrina y la jurisprudencia nacionales son contestes en sostener que el trabajador afectado puede reclamar la ineficacia extintiva de tales despidos y/o la reparación integral de los daños derivados de esa clase actos ilícitos, operando en todo caso las normas laborales que agravan los mismos como pisos mínimos de orden público laboral.

En efecto, como indudable derivación de la constitucionalización de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la reforma de 1994 (art. 75.22, CN), y por aplicación directa de esas normas de máxima jerarquía, así como de ciertas normas supralegales (por ej, el art. 1 del Convenio 98 de la OIT²⁴) y legales (v.g., los arts. 1 de la ley 23.592 y 47 de la ley 23.551²⁵) vigentes en el país, desde finales de la década del noventa del siglo pasado, la Justicia del Trabajo de todo el país sostuvo la tesis de que, cuando el despido viola derechos humanos (la prohibición de discriminación, la libertad sindical²⁶, la libre expresión de las ideas²⁷, la igualdad de género²⁸, la salud²⁹, la indemnidad contra represalias³⁰, etc.), el trabajador afectado tiene el derecho a la reparación plena de los daños derivados de tales inadmisibles actos ilícitos, pudiendo optar libremente entre la readmisión en el puesto de trabajo (con más el resarcimiento

²³ Por ejemplo, los despidos por violación de la libertad sindical (arts. 48/52, ley 23.551), por causa de embarazo o maternidad (arts. 177, 178 y 182, LCT), por matrimonio (art. 182, LCT), por causa de enfermedad (art. 213, LCT) o por represalia al trabajador clandestino que reclama la registración del contrato de trabajo (art. 15, ley 24.013).

²⁴ SCBA, 20/8/2014, "*Auzoategui, Julio Roberto c/ Huertas Verdes S.A.. S/Despido*".

²⁵ SCBA, 20/8/2014, "*Auzoategui, Julio Roberto c/ Huertas Verdes S.A.. S/Despido*".

²⁶ CNAT, Sala VI, 10/3/2004, "*Balaguer, María Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L.*"; Tribunal del Trabajo N°2 de La Plata, 30/8/2015, "*Salas, Guillermo Nicolás c/ Edigráfica S.A. s/ Amparo Sindical*".

²⁷ CNAT, Sala IX, 31/5/2005, "*Greppi c/ Telefónica de Argentina*";

²⁸ CNA, Sala VII, 5/8/2011, "*Lugones, Elisa Magdalena c/Qualytel de Latinoamerica SA s/despido*"; CNAT, Sala III, 24/8/2011, "*Gutiérrez, Lorena Andrea c/Universidad de Buenos Aires s/despido*".

²⁹ CNAT, Sala X, 1/6/2023, "*Costoya, Mara vs. Cencosud S.A. s/ Diferencia de salarios*", en Rubinzal Online RC J 1998/23; Tribunal del Trabajo N°2 de La Plata, 23/6/2023, "*Labrea Wallace, Carlos Luciano vs. OCSA S.A. y otro/a s/Reinstalación (Sumarísimo)*", en Rubinzal Online; RC J 2363/23.

³⁰ CNAT, Sala IV 31/8/2009, "*Lescano, Víctor César c/Ingeplam S.A.*".

económico integral de los daños, v.g., lucro cesante por salarios caídos, daño moral) o por convalidar la eficacia extintiva del despido, hipótesis esta última en la cual la indemnización monetaria debe ser integral, no pudiendo quedar limitado por tarifa alguna (por ej., las previstas en los arts. 182, 213 o 245 de la LCT), operando éstas como piso mínimo de orden público que no enervan el derecho del operario a que se restañe la totalidad de los perjuicios derivados del acto antijurídico.

Posición que -en línea con la doctrina abrumadoramente mayoritaria³¹- oportunamente compartimos³², y que no solo fue respaldada por todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo³³ y por los superiores tribunales de distintas provincias³⁴, sino también, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en forma reiterada declaró la nulidad de los despidos discriminatorios³⁵, descartando en forma expresa, además, la posibilidad de que los mandatos judiciales que ordenan la

³¹ Por todos, Fernández Madrid, Juan Carlos, *"Tratado Práctico de Derecho del Trabajo"*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, T° II, p. 1738; Meik, Moisés, *"El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (Nulidad y reincorporación)"*, en Ramírez, Luis E., (coord.), *"Relaciones laborales. Una visión unificadora"*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 285-324.

³² Cornaglia, Ricardo J, *"La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación"* en La Ley, T° 2004-E, p. 326; Cornaglia, Ricardo, J. *"La discriminación laboral, los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos"*, en Doctrina Judicial, La ley, 7/12/2005; Cornaglia, Ricardo J., *"La relación entre la discriminación y la anulación del despido"*, La Ley, 23/8/2006; Orsini, Juan Ignacio, *"Los derechos humanos a la igualdad y a la estabilidad en el empleo como límites infranqueables a la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios"*, en *"La Causa Laboral"*, Asociación de Abogados Laboralistas, Buenos Aires, diciembre de 2007, Año VII, N° 31, pp. 3/12. Orsini, Juan Ignacio, *"Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador"*, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, año 5, n° 38, pp. 580/596.

³³ CNAT, Sala X, 29/6/2001, *"Stafforini, Marcelo Raúl c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ANSES"*; CNAT, Sala VI, 10/3/2004, *"Balaguer, María Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L."*; CNAT, Sala IX, 31/5/2005, *"Greppi c/ Telefónica de Argentina"*; CNAT, Sala V, 14/6/2006, *"Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A."*; CNAT, Sala VIII, 30/11/2007, *"Cáceres, Olando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo s/ juicio sumarísimo"*; CNAT, Sala IV, 31/8/2009, *"Lescano, Víctor César c/ Ingeplam S.A."*; entre muchas.

³⁴ SCBA, 22/12/2010, *"Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/ Amparo"*; SCBA, 8/8/2012, *"Sffaeir, Carolina c/ Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH) s/ Despido"*, sent. del 8/8/2012; SCBA, 20/8/2014, *"Auzoategui, Julio Roberto c/ Huertas Verdes S.A. s/ Despido"*; SCBA, 26/3/2015, *"Humaño, Jesús María c/ Tigre Argentina S.A. Reinstalación (sumarísimo)"*; SCBA, 29/8/2017, *"Riveros, César Ricardo c/ Fundición San Cayetano SA. s/ Sumarísimo"*; SCBA, 6/2/2019, *"Salas, Guillermo Nicolás c/ Edigráfica S.A. s/ Amparo sindical"*; SCBA, 27/2/2019, *"Villalba, Enrique Fernando c/ Kraft Foods Argentina S.A. s/ Reinstalación (sumarísimo)"*; Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 2/6/2005, *"Pellejero, María s/ Amparo"*; Superior Tribunal de Justicia de Neuquén, 7/6/2007, *"Cabrera, María Inés c/ Pastora Neuquén SA s/ Sumarísimo"*; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 23/6/2008, *"Martínez, María Isabel c/ Urbatec SA s/ Amparo sindical"*.

³⁵ CSJN, 7/12/2010, *"Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo"*, La Ley, T° 2011-A- p. 177; CSJN, 23/6/2011, *"Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ sumarísimo"*, CSJN, 23/8/2011, *"Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ acción de amparo"*; CSJN, 26/3/2013, *"Cejas, Adrián Enrique c/ Fate S.A. s/ juicio sumarísimo"*; CSJN, 9/9/2014, *"Ledesma, Florencia c/ Citrus Batalla S.A. s/ Sumarísimo"*.

reinstalación de un trabajador puedan ser convertidos, a instancias del empleador renuente en acatarlos, en condenas dinerarias.³⁶

A partir de esa doctrina, se consolidó en el Derecho del Trabajo argentino una *ruptura paradigmática*, pues pasó al olvido al ominosa posición doctrinaria y jurisprudencial con arreglo a la cual no es jurídicamente admisible ordenar la reinstalación compulsiva de un trabajador despedido en las relaciones de trabajo del sector privado.³⁷ Tanto es ello así, que ese cambio de paradigma tuvo una indudable recepción legislativa, al punto que -en primer lugar, al sancionar, en 2004, la ley 25.877- el Parlamento derogó la inconstitucional regulación del despido discriminatorio contenida en el art. 11 de la ley 25.013 (norma que convalidaba la eficacia extintiva de los despidos indemnizatorios, agravando apenas la tarifa del despido injustificado en un 30%), para posteriormente dictar una ley que admitía, de forma transitoria, la nulidad de todo tipo de despidos injustificados (ley 27.251, de 2016, vetada por el Poder Ejecutivo) y convalidar la normativa de emergencia que habilitó la nulidad no solo de los despidos injustificados, sino también de los despidos parcialmente justificados por razones económicas (DNU 329/20, de 2020, ratificado por el Senado el 13/5/2020).

A ello cabe añadir que, posteriormente, para desactivar una de las *coartadas* con las que un sector minoritario de la jurisprudencia pretendió desactivar la tesis que postula la nulidad de los despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales, la Corte Federal determinó -en forma contundente- que, cuando el trabajador alega haber sido discriminado mediante el despido, corresponde facilitarle la carga de la prueba, bastando con que aporte ciertos indicios acerca de que el despido pudo haber estado motivado en un acto discriminatorio, hipótesis frente a la cual corresponde al empleador la carga de acreditar la existencia de una causa objetiva, ajena a cualquier motivación discriminatoria.³⁸ En la misma línea, desactivando otra de esas coartadas, la Corte desterró el argumento fincado en que no es posible obligar en forma compulsiva al

³⁶ CSJN, 26/3/2013, "*Cejas, Adrián Enrique c/Fate S.A. s/ juicio sumarísimo*".

³⁷ Orsini, Juan Ignacio, "*Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales*", en Ramírez, Luis Enrique (Coord.), "*Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*", Ed. B de f, Buenos Aires, 2008, pp. 113/154.

³⁸ CSJN, 15/11/2011, "*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*"; CSJN, 20/5/2014, "*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo*"; CSJN, 6/2/2017, "*Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/ Despido*"; CSJN, 4/9/2018, "*Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/Amparo sindical*"; CSJN, 10/6/2021, "*Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido*"; CSJN, 7/12/2023, "*Salguero, Manuel Domingo c/ Telecom Argentina S.A. s/ Pprocedimiento sumario-acción de reinstalación*".

empleador a cumplir la orden judicial de reinstalar al trabajador, desterrando la hermenéutica que, desconociendo la teoría general de las obligaciones, sostenía la imposibilidad de ejecutar forzosamente esa clase de mandatos judiciales.³⁹

Cabe destacar, por otra parte, que este nuevo paradigma interpretativo consolidado en la jurisprudencia argentina se adecua a los criterios imperantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁰, en el Derecho Internacional del Trabajo⁴¹ y en el derecho comparado⁴², en donde no se discute que los despidos que violan derechos fundamentales son nulos, y que debe invertirse o facilitarse la carga de la prueba en favor de los trabajadores que alegan haber sido discriminados.⁴³

En suma, al momento de dictarse el DNU 70/23 se encontraba completamente consolidada, y fuera de todo debate, la hermenéutica que sostiene que: (i) todos los despidos injustificados agravados (discriminatorios, o violatorios de derechos

³⁹ Para un análisis de esa coartada, y de su refutación, ver Orsini, Juan Ignacio, *“Ejecución forzada de sentencias: nulidad del despido y reinstalación del trabajador”*, en *“Derecho del Trabajo”*, Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, año 3, N° 8 (junio de 2014), pp. 137/175.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/2/2001, *“Baena, Ricardo y otros c/Panamá”*, fallo en el que condenó a Panamá a reincorporar a un número importante de trabajadores despedidos en vulneración al derecho fundamental de asociación.

⁴¹ Los órganos de control de normas de la O.I.T. han dicho que el despido que constituye una discriminación o una represalia por el ejercicio de un derecho debe ser anulado, debiendo reincorporarse al trabajador despedido a su puesto de trabajo, resultando contrarias a los convenios internacionales las normas internas que convalidan la extinción indemnizada del contrato frente a la violación de derechos fundamentales (O.I.T., *“Libertad sindical y negociación colectiva”*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1994, p. 108; O.I.T., *“La Libertad Sindical”*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, cuarta edición revisada, 1996, p. 153; O.I.T., *“La Libertad Sindical”*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición revisada, Ginebra, 2006, p. 178). La Comisión de Expertos de la O.I.T. también ha declarado que en los países que únicamente ofrecen una indemnización financiera como forma de reparación del despido injustificado, *“las terminaciones basadas principalmente en una o varias de las causas no justificadas enumeradas en el artículo 5 del Convenio [158], en particular las basadas en motivos de discriminación, se pueden considerar como nulas ya que menoscaban un derecho humano fundamental”*, razón por la cual *“esas terminaciones pueden ser sancionadas con la readmisión del trabajador en su empleo”*. En consecuencia -expresó la Comisión-, si bien la aplicación del principio de la readmisión en caso de anulación de la terminación es particularmente importante en lo que se refiere a los representantes del personal, *“esta anulación también puede aplicarse a un trabajador ordinario si está en juego un derecho fundamental y puede tener como resultado la readmisión del mismo”* [O.I.T., *“Protección contra el despido injustificado”*, Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1995, párrafo 231, pp. 95/96].

⁴² Sobre la nulidad de los despidos violatorios de los derechos fundamentales en el Derecho español: Tribunal Constitucional de España, 23/11/1981, STC 38/81; Tribunal Constitucional de España, 19/7/1985, STC 88/1985; Tribunal Constitucional de España, 21/7/2008, STC 92/2008; entre muchas más.

⁴³ Sobre las reglas de flexibilización e incluso inversión de la carga de la prueba que rige en el ámbito del derecho europeo, se puede consultar Orsini, Juan Ignacio, *“El acoso moral en el trabajo y su regulación jurídica en el derecho español y comunitario europeo”*, en *“Doctrina Laboral y Previsional”*, Año XXV, Tomo XXIV, N° 294 (febrero de 2010), pp. 153/179.

fundamentales) pueden ser privados de eficacia extintiva cuando el trabajador así lo reclama, teniendo el trabajador, en caso de que opte por convalidar la eficacia del despido, el derecho a obtener la reparación económica plena de los daños derivados del despido; (ii) corresponde facilitar la carga de la prueba en favor del trabajador que alega haber sido víctima de un despido discriminatorio; (iii) la sentencia judicial que ordena la readmisión del trabajador no puede ser mutada en condena indemnizatoria a instancias del empleador.

2. Las inconstitucionales modificaciones que pretende introducir el decreto 70/2023 en materia de despido discriminatorio.

En lo que aquí interesa, el art. 82 del DNU 70/23 regula los despidos discriminatorios, incorporando a la Ley de Contrato de Trabajo el art. 245 bis, que prescribe:

“Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.

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 50% de la establecida por el artículo 245 de la Ley N° 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 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 del vínculo laboral a todos los efectos.”

Aun dejando de lado la nulidad absoluta y la inconstitucionalidad formal del DNU 70/2023, así como la inconstitucionalidad material de todo el capítulo laboral de ese reglamento (que, al violar los principios constitucionales de protección del trabajador, progresividad y justicia social, desasegura derechos laborales, degradando el nivel de intensidad de los derechos sociales)⁴⁴, la inconstitucionalidad en particular del art. 82 del

⁴⁴ En ese sentido, es importante resaltar que, a contrario de lo que -ignorando de forma preocupante la teoría general del Derecho del Trabajo- se sostuvo en la sentencia dictada el 24/1/2024 por el Juzgado Nacional

DNU 70/2023 es indudable, pues, como se desprende de la comparación de su contenido con los lineamientos de la jurisprudencia constitucional reseñada en el apartado anterior, ese precepto está directamente orientado a desactivar todos y cada uno de los indiscutidos estándares nacionales e internacionales vigentes en materia de tutela antidiscriminatoria y protección de los derechos fundamentales.

(i) En primer lugar, aunque la norma no aclara si la enunciación que contiene es taxativa o enunciativa⁴⁵, la referencia contenida en el primer párrafo en torno a que será considerado “*despido por acto de discriminación*” aquel “*originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial*” pareciera dirigida a restringir la cantidad de cesantías que pueden ser consideradas discriminatorias, dejando fuera del ámbito de aplicación del proyectado art. 245 bis de la LCT a muchos despidos que, aunque no se originen en algunas de las causales allí previstas, son sin dudas discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales.

Efectivamente, si comparamos el texto del art. 245 bis de la LCT según DNU 70/2023, con el que contiene el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592, se advierte que aquélla excluye como causales de discriminación a las basadas en “*posición económica, condición social o caracteres físicos*”, omisión tanto más grave si se repara en el hecho de que -como lo ha destacado uno de los intérpretes autorizados de esta última norma- la discriminación por “condición social” fue incorporada al art. 1 de la ley 23.592 precisamente para comprender todas las discriminaciones padecidas por los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales.⁴⁶ A lo que cabe todavía agregar que el catálogo

del Trabajo de feria en la causa “*Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de amparo*”), las expresiones “sujeto de preferente tutela” y “principio de progresividad” no son meras afirmaciones semánticas con “fuerte contenido emotivo”, sino mandatos constitucionales operativos que sí tienen un significado unívoco y unidireccional: la protección de los trabajadores. Tampoco puede admitirse lo que allí se señaló en orden a que los trabajadores puedan encontrar “preferibles o convenientes” algunas de las normas laborales del DNU 70/23, pues, amén de que todas ellas son regresivas de sus derechos, la voluntad del trabajador es completamente irrelevante para convalidar la reducción de los niveles de tutela establecidas en normas de orden público laboral. Sobre la invalidez frontal de todas las normas inspiradas en la cosmovisión neoliberal que -ayer y hoy- pretenden flexibilizar las normas laborales y degradar en forma regresiva los derechos laborales, ver Cornaglia, Ricardo J., “*Reforma Laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la Crisis*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

⁴⁵ De todos modos, ante la existencia de dos interpretaciones posibles, debe optarse por la más favorable al trabajador por aplicación de la regla *in dubio pro operario* (art. 9, LCT).

⁴⁶ Como lo destacó en su momento uno de los autores de este trabajo, en su carácter de Diputado Nacional y miembro informante en la Cámara baja cuando se debatió el primer proyecto de ley antidiscriminatoria, que sirvió de antecedente, enviado por iniciativa del Poder Ejecutivo que culminó en la sanción de la ley 23.592 no incluía entre las causales a la discriminación por *condición social*, que fue agregada en el ámbito

del párrafo segundo del art. 1 de la ley 23.592 es claramente enunciativo, pues no solo prescribe que se considerarán “*particularmente*” discriminatorios los actos determinados en esos motivos, sino que el párrafo primero de la norma permite encuadrar en la categoría de actos prohibidos a todo el que “*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*”, lo que sin dudas permite encuadrar dentro de su ámbito a todos los despidos que vulneren cualquier derecho fundamental de los trabajadores.⁴⁷

(ii) En segundo orden, el decreto asigna eficacia extintiva irreversible a los despidos injustificados agravados (art. 245 bis, quinto párrafo, LCT).

De esa forma, se aparta en forma tajante de la indiscutida posición -contemplada en la ley 23.592, múltiplemente reiterada por la Corte Suprema, así como por los tribunales internacionales y por la OIT- relativa a que, cuando un despido discrimina al trabajador o vulnera cualquiera de sus derechos fundamentales, puede ser privado de eficacia extintiva a instancias del operario, quien, de así escogerlo, tiene derecho a ser reinstalado en su puesto de trabajo.

Cabe recordar, en ese sentido, lo que en forma categórica sostuvo la Corte Suprema en el *leading-case* “*Alvarez c/ Cencosud*”, en orden a 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 in-tegrum*) 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. Máxime cuando -sentenció el Alto Tribunal- el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos⁴⁸

de la Cámara de Diputados con la finalidad de abarcar las discriminaciones contra los trabajadores. Y el informe que por la Comisión de Asuntos Constitucionales, explícitamente aclara que el término social, incluye a la discriminación laboral (ver: Cornaglia, “*La relación entre la discriminación y la anulación del despido*”, op. cit. p. 11 y Diario de Sesiones del Congreso correspondiente a la Sesión de la Cámara de Diputados del 26 de junio de 1985, págs. 1434 y ss. Puede consultarse en www.rjcornaglia.com.ar).

⁴⁷ Orsini, “*Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador*”, op. cit. pp. 580 y ss.

⁴⁸ CSJN, 7/12/2010, considerando 8º del voto de la mayoría.

No se necesita una especial lucidez para advertir que -al convalidar la eficacia extintiva del despido discriminatorio a cambio de una magra indemnización tarifada- el DNU 70/2023 asegura la impunidad de los empleadores discriminadores y legitima la violación de los derechos humanos de los trabajadores, consagrando así una verdadera licencia patronal para discriminar y violar derechos fundamentales, habida cuenta que, de convalidarse esta infame normativa, le bastará al empleador que pretende discriminar con hacer un mero cálculo económico, quedando habilitado a quitar del medio a cualquier operario al que considere indeseable por sus características o elecciones personales.

Es indudable que una norma semejante no puede considerarse jurídicamente válida en un sistema constitucional asentado sobre el paradigma de los derechos humanos (art. 75.22, CN), por lo que su inconstitucionalidad es absoluta y manifiesta. Luego, de resultar convalidada por el Poder Legislativo, debería ser descalificada judicialmente.

Además, al negarle a los trabajadores la solución (ineficacia del acto discriminatorio) contemplada por la legislación general antidiscriminatoria en favor de todos los ciudadanos (art. 1, ley 23.592), el DNU 70/2023 discrimina a los trabajadores por su condición de tales, pues, de validarse la norma, serían ellos los únicos habitantes del país privados del derecho a reclamar la ineficacia de los actos discriminatorios, reflatándose así la insólita interpretación que postulaba la inaplicabilidad de la legislación antidiscriminatoria en favor de los trabajadores, que fue categóricamente descartada por todos los tribunales del país, incluyendo a la Corte Suprema.⁴⁹

(iii) Por si lo señalado fuera poco, el DNU 70/2023, lejos de conformarse con su pretensión de erradicar la nulidad de los despidos agravados y reiterando el infausto criterio adoptado por el art. 11 de la ley 25.013⁵⁰, tarifa el resarcimiento por despido discriminatorio, estableciendo, como único resarcimiento especial por el carácter discriminatorio del despido, una irrisoria indemnización del 50% de la indemnización por despido, que puede ser elevada hasta el 100% por los jueces según la gravedad de los hechos (art. 245 bis, párrafos segundo y tercero, LCT).

⁴⁹ CSJN, 7/12/2010, considerando 6° del voto de la mayoría y considerando 12° del voto minoritario.

⁵⁰ Norma que castigaba el carácter discriminatorio con una irrisoria tarifa adicional del 30% sobre la indemnización por despido, cuya inconstitucionalidad fue puesta de resalto por la doctrina, ver Fernández Madrid, op. cit. T. II, p. 1739; Carnota, Walter, “*Reflexiones constitucionales sobre la reforma laboral (ley 25.013), el llamado ‘despido discriminatorio’*”, La Ley, 1999-A. p. 241; Elffman, Mario, “*La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio*” en revista de Derecho Laboral 2000-I, pp-267/268.

Por ese conducto pretende despojar a los trabajadores no solo del derecho a reclamar la cesación de los efectos del acto ilícito, sino también, la reparación económica plena de los daños derivados de la violación de los derechos humanos.

Se aparta así, en perjuicio del sujeto protegido, no solo del criterio establecido en nuestra legislación general (art. 1740, CCyC) y antidiscriminatoria (art. 1, ley 25.392), sino también, de estándares indiscutidos en el ámbito del Derecho Internacional y comparado, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹ y de nuestra Corte Suprema.⁵²

Restringiendo al mínimo el alcance de la reparación económica, el DNU 70/2023 no solo establece una tarifa vergonzante e irrisoria (50% de la reparación por despido)⁵³, sino que, además, estipula la incompatibilidad de esa miserable suma con todo *régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios* (art. 245 bis, párrafo, cuarto, LCT), con la evidente finalidad de reducir costos empresarios por conducto de obturar la posibilidad de que el trabajador discriminado reclame, por ejemplo, con arreglo al voto minoritario de “*Alvarez c/ Cencosud SA*”, un año de salarios por aplicación analógica de las reglas establecidas en el art. 182 de la LCT.⁵⁴

Por lo demás, esta tarifación del resarcimiento marcha a contramano de las tendencias actuales en el derecho comparado, que se orientan a impedir el carácter

⁵¹ CIDH, 31/8/2017, “*Lagos del Campo c/Perú*”. En el caso, el Tribunal americano (que, recordemos, ya había postulado la nulidad de los despidos que violan derechos fundamentales en el caso “*Baena c/ Panamá*”) declaró vulnerado el derecho a la estabilidad laboral de un trabajador despedido en represalia por las declaraciones efectuadas en su condición de representante de los trabajadores, y condenó al estado peruano a reparar en forma integral el daño derivado del despido.

⁵² Es dable advertir que incluso el voto minoritario de la Corte Suprema en el fallo “*Alvarez c/ Cencosud*”, luego de oponerse a la reinstalación del trabajador, postula que la reparación del daño derivado del despido discriminatorio debe ser integral, al punto tal que, sostuvo que “*sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182*” (considerando 18°). De ello se desprende que, aun quienes postularon (en posición que resultó minoritaria) que no corresponde decretar la nulidad del despido, consideraron que deben repararse en forma económica integral los daños y perjuicios derivados del acto discriminatorio, con un piso de orden público laboral representado por la suma de las indemnizaciones previstas en los arts. 182 y 245 de la LCT.

⁵³ Esa solución se agrava si reparamos en el bajísimo nivel salarial que existe actualmente en el país, cercano a mínimos históricos en valores constantes. Por ejemplo, si tomásemos el caso de un trabajador con un año de antigüedad que percibe el SMVM (\$156.000 mensuales, una cuarta parte de la canasta básica), su “indemnización” por despido discriminatorio sería de \$78.000.

⁵⁴ Señalamos este criterio como referencia, aclarando que no compartimos el criterio (arraigado en un sector de la jurisprudencia) de cuantificar la indemnización por despido discriminatorio en 12 ó 13 salarios, pues ello implica tarifar el resarcimiento, generando previsibilidad en el empleador, cuando la reparación integral debe ser cuantificada con arreglo a las circunstancias de cada caso, impidiendo el cálculo anticipado por el dañante, quien de otro modo podría valorar el costo-oportunidad de discriminar y dañar a través de una operación aritmética.

tarifado incluso en las indemnizaciones por despidos injustificados (no agravados), para avanzar hacia regímenes basados en el principio de reparación plena.⁵⁵ Luego, a contrario de lo que dispone el DNU 70/2023, con mayor razón aún corresponde una indemnización integral en los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales.

(iv) Finalmente, para completar esta verdadera tarea de demolición de la tutela antidiscriminatoria trabajosamente construida por la doctrina y la jurisprudencia durante décadas, el DNU 70/2023 -invadiendo aquí ya no solo las atribuciones del Poder Legislativo Federal, sino las de las legislaturas provinciales⁵⁶- pretende erradicar la doctrina judicial que facilita la carga de la prueba en favor del trabajador que alega haber sido discriminado.

En efecto, resucitando -también aquí- el criterio establecido en el art. 11 de la ley 25.013, el segundo párrafo del art. 245 bis de la LCT prescribe que “*la prueba estará a cargo de quien invoque la causal*”, desactivando la contundente doctrina de la Corte Federal, que, revocando en duros términos una sentencia que adoptó el criterio ahora introducido, sostuvo en forma clara que, ponderando las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan las víctimas para acreditar, mediante plena prueba, la discriminación, resulta suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su

⁵⁵ Es interesante destacar que en, en los últimos años, la Corte Constitucional de Italia ha dictado varias sentencias declarando la inconstitucionalidad de las normas que tarifican las indemnizaciones por despido, computando como únicos elementos la antigüedad y el salario del trabajador, en el entendimiento de que consentir al empleador calcular con exactitud cuánto cuesta despedir a un trabajador elimina cualquier efecto disuasorio de un despido improcedente o sin causa justa, y de que la lesión injusta de los derechos de la persona trabajadora por el empleador no puede resolverse de antemano en un cálculo de su coste fijo, determinado en función de una variable que asegura importantes diferencias de trato en función de la edad y el género de las personas despedidas. Sobre esa base, declaró inconstitucionales las normas que así lo establecen, por considerarlas violatorias del derecho al trabajo previsto en la Constitución italiana y del derecho a la protección en caso de despido previsto en el art. 24 de la Carta Social Europea, que ordena garantizar “una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. Ver Corte Constitucional de Italia, 26/9/2019, Sentencia n° 194/18; 26/7/2020, Sentencia N° 150/20; 1/4/2021, Sentencia N° 59/21; 19/5/2022, Sentencia N° 125/22; 22/7/2022, Sentencia N° 183/22. Sobre este tema, Baylos Grau, Antonio, “*De nuevo la Corte Constitucional italiana exige una reforma del régimen del despido exigiendo una indemnización ‘adecuada’*”, 23/7/2022, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2022/07/de-nuevo-la-coste-constitucional.html>.

⁵⁶ Por regla, el dictado de las normas procesales (como lo es sin duda la que distribuye la carga de la prueba) corresponde a la competencia legislativa de los estados provinciales (art. 75.12, CN). Si bien excepcionalmente se ha admitido que el Estado Federal dicte (a través del Parlamento) normas rituales cuando ello es indispensable para asegurar la eficacia de las normas de fondo (es lo que ocurre, por ejemplo, con la presunción del art. 23 de la LCT), no es ello lo que sucede en este caso, en el que, amén de que la norma ha sido dictada por el Poder Ejecutivo (y no por el Legislativo), su contenido está orientado a desasegurar (y no a garantizar) la tutela antidiscriminatoria. Otro tanto sucede con las reformas que el DNU 70/2023 pretende incorporar a los arts. 9 y 23 de la LCT (arts. 66 y 68, DNU 70/23), estableciendo reglas sobre valoración probatoria con el único e indisimulable objetivo de degradar los derechos laborales.

existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.⁵⁷

Criterio que, como lo destacamos en el apartado anterior, fue reiterado en múltiples ocasiones por la Corte, y coincide con todos los estándares vigentes en el Derecho Internacional y comparado.

(v) Para concluir, cabe destacar que, al derogar el art. 15 de la ley 24.013 (art. 53, DNU 70/2023) el reglamento bajo examen deja de considerar como un despido injustificado agravado al que se produce en represalia por el reclamo del trabajador orientado a reclamar la registración de la relación de trabajo, desactivando así la duplicación indemnizatoria que establece aquella norma de la Ley Nacional de Empleo.

Sin perjuicio de que, como lo hemos sostenido anteriormente, tratándose de un despido que vulnera la garantía de indemnidad contra represalias, al trabajador despedido le asiste en tal caso el derecho a reclamar la nulidad del despido y/o la reparación plena de los daños⁵⁸, la reducción de la protección mínima de orden público laboral establecida en el art. 15 de la ley 24.013 confirma la aviesa intención del DNU 70/2023 de arrasar con los derechos de los trabajadores, allanado el camino para que el empleador vulnere derechos fundamentales.

IV. Breves conclusiones.

El DNU 70/2023 es insanablemente nulo y formalmente inconstitucional porque, amén de que no ha sido ratificado legislativamente, no existían, al momento de su dictado, las condiciones exigidas por el art. 99.3 de la Constitución Nacional para que el Poder Ejecutivo pueda actuar sus excepcionales potestades co-legislativas. Ello es así -de un lado- porque no existía necesidad ni urgencia, al punto que bien pudo envirarse el capítulo laboral del reglamento al Parlamento (que fue convocado a sesiones extraordinarias apenas pocos días después del dictado del DNU), y -del otro- porque las modificaciones que pretendió introducir en materias que son de competencia del Poder Legislativo (art. 75.12, C.N.) tienen carácter permanente (y no transitorio).

⁵⁷ CSJN, 15/11/2011, "*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*".

⁵⁸ Orsini, Juan Ignacio, "*El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo*", en Revista Derecho del Trabajo, Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, año 1, N° 2 (septiembre de 2012), pp. 151/182.

Por otra parte, sin perjuicio de que todo el capítulo laboral del DNU 70/2023 es inconstitucional (por vulnerar los principios constitucionales de protección del trabajador, progresividad y justicia social), el art. 82 de ese reglamento, que regula el despido discriminatorio es manifiestamente inválido, toda vez que -al asignar eficacia extintiva a los despidos agravados, impedir la reparación plena de los daños derivados de la violación de los derechos humanos laborales, tarifando en forma irrisoria la indemnización, y erradicar la facilitación de la carga de la prueba en favor del operario- detona toda la estructura de tutela antidiscriminatoria trabajosamente construida por la academia y la jurisprudencia durante más de dos décadas, consagrando una verdadera licencia patronal para discriminar que vulnera los arts. 14 bis y 75.22 de la Constitución Nacional.