

## Un despido discriminatorio con algunas connotaciones propias del derecho penal

Carlos Enrique Arenillas

En una reciente sentencia del 8 de junio de 2016 un juzgado de Madrid<sup>1</sup> anuló un despido realizado durante el período en que el trabajador se encontraba en prisión, por considerarlo una conducta discriminatoria incompatible con la Constitución Española.

### I. Los hechos:

Un empleado de un almacén de Mejorada en Madrid ingresó en prisión en marzo de 2014, un hecho que el abogado del trabajador comunicó a la empresa, egresando en febrero de 2016. Poco después de que entrar en la cárcel, la empresa notificó al mismo abogado que procedía a suspenderle el contrato de trabajo. Ya en julio de 2015 la compañía decidió dar un paso más y rescindió el contrato, algo que comunicó al trabajador mediante un burofax (comunicación de rigor en el ámbito laboral español) enviado al domicilio laboral del trabajador, es decir a su casa, cuando éste se encontraba en prisión cumpliendo su condena.

Una vez fuera de la cárcel, el trabajador envió una carta documento a la empresa solicitando la reincorporación a su puesto, algo que fue rechazado por la empresa. En la respuesta, se indicaba que el contrato había sido rescindido en julio de 2015 y se hacía referencia a que durante varios permisos carcelarios -tres sábados de octubre y noviembre de ese año- el trabajador despedido había intentar ingresar al almacén, sin que la empresa se lo permitiera.

Ante esta situación, la negativa del empleador de permitir el ingreso al lugar de trabajo, el trabajador decide presentar una demanda solicitando la anulación del despido.

### II. El despido discriminatorio: el contexto general en nuestro país

El despido discriminatorio es una especie del genero despido relativamente nuevo. Lo interesante de esta forma de despido y sus consecuencias es que pone en crisis esa posibilidad

---

<sup>1</sup> El Juzgado de lo Social nº 33, a cargo de D. JOSÉ PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ, Madrid (España).

cuasi absoluta que tenía todo empleador para despedir a sus trabajadores sin invocación de causa, basado en su libertad de industria y contratación.

La estabilidad laboral ha sido ordenada en general, en base a dos sistemas: absoluta o propia y relativa o impropia. La primera niega la eficacia al despido y admite, en consecuencia, la reincorporación forzosa del dependiente. Este régimen ha sido reconocido en determinadas circunstancias por nuestra legislación y es el que comprende tanto a los empleados públicos como a los trabajadores con tutela sindical. La segunda es aquella que en caso de despido genera a favor del denunciado el derecho a ser indemnizado y es la que adopta nuestra Ley de Contrato de Trabajo.

Al sancionarse la ley 23.592 se generó una norma de contenidos sumamente amplios que posibilita a los jueces, a pedido de parte, no sólo dejen sin efecto el comportamiento discriminatorio sino también declaren la nulidad del mismo, sin que existan motivos, jurídicos o fácticos que permitan excluir de su aplicación a las conductas discriminatorias originadas dentro del ámbito laboral, más cuando expresamente el segundo párrafo del art. 1 menciona a las que se susciten con motivo, por ejemplo, de la opinión gremial.

En su art. 1 determina: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados."

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo que hoy consideramos paradigmático (me refiero a "Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A."<sup>2</sup>) sentó las bases de esta posibilidad de ordenar la reinstalación del trabajador despedido en forma discriminatoria en contraposición con la alegada libertad de contratar opuesta por los

---

<sup>2</sup> CSJN, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" 7 de diciembre de 2010

empleadores, más allá que se trate o no de un delegado gremial. Amplió, así las causales de nulidad del despido.

Si un trabajador puede probar que fue discriminado (no sólo por motivos sindicales, sino por cualquier otro), podrá pedir su reincorporación. Esto es lo sobresaliente del fallo, la ampliación de la posibilidad de reinstalación no solo a los casos de representantes gremiales, sino a cualquier forma de discriminación (raza, genero, orientación sexual, enfermedad, etc.).

El voto de la mayoría fue firmado por cuatro ministros del alto tribunal -Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Petracchi y Raúl Zaffaroni-, que resolvieron que el trabajador debe ser reinstalado porque un acto discriminatorio es nulo, es decir, no puede producir ningún efecto y las cosas deben volver al estado anterior.

En cambio, en disidencia parcial votaron el presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti; Elena Highton, y Carmen Argibay, que señalaron que la reincorporación del trabajador viola las libertades de industria y de contratar, por lo sólo corresponde pagar al trabajador despedido una indemnización agravada (salvo en aquellos casos en que el legislador haya establecido expresamente la reincorporación, como es la garantía que protege a los delegados gremiales).

El voto de la mayoría señaló que el principio a la igualdad y a la no discriminación se vio profundizado luego de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los tratados internacionales. El fallo cita muchos convenios que no se limitan a cuestiones sindicales, sino que prohíben discriminaciones por razones de sexo, raza, color, nacionalidad o cualquier otra razón. "El Estado no puede tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de las relaciones laborales privadas", dice el fallo, que agrega: "El derecho a no ser discriminado exhibe un valor absoluto del que nadie puede desviarse".

La minoría, en cambio, manteniendo el *status quo*, señaló que en el ámbito público rige un sistema de estabilidad absoluta -por lo cual sólo es admisible el despido bajo alguna causal determinada, previo sumario administrativo-, mientras que en el ámbito privado rige la estabilidad impropia o relativa, que admite el cese de la relación laboral con el pago de una

indemnización. "Sólo procede la reincorporación del trabajador en aquellos casos en que el legislador lo haya dispuesto expresamente" (casos de delegados sindicales, por ejemplo).

### III. El contexto particular del despido discriminatorio por razones de prisión del empleado

En el caso que nos ocupa el juzgado de Madrid anuló el despido del trabajador producido durante el período en que se encontraba cumpliendo una condena penal. El juez laboral consideró que existe la sospecha "más que fundada" de que el empresario prescindió del trabajador ya que "no se quiere contar en plantilla con un ex presidiario", lo que constituye una condena discriminatoria incompatible con la Constitución Española. Además, y esto es más interesante aún el juez sostuvo que la conducta del empleador vulnera el derecho fundamental a la reinserción social.

La constitución española, en su art. 25 inciso 2 establece este derecho fundamental a la reinserción social, al señalar: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad".

Nuestra Constitución Nacional, sin la especificidad de la española, en su art. 18 señala que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

El juez madrileño ha decidido nulificar el despido por varios motivos. Uno de ellos, justamente, que la reinserción social "es un derecho fundamental de todo ciudadano privado de libertad por el cumplimiento de una condena penal". A tenor de "los hechos presentados en el juicio y los argumentos esgrimidos en la vista introducen la sospecha más que fundada

de que la empresa decidió prescindir de los servicios del trabajador —empleado de almacén—, porque no quería contar en la plantilla con un ex presidiario", dice el juez, lo que constituye un claro acto de discriminación contrario a la Constitución española.

Otro de los motivos que llevan al juez a esta conclusión es que en las cartas de despido no se le imputan al trabajador las ausencias injustificadas con motivo de su estancia en prisión —razón que, en otras sentencias, se ha aceptado al considerar que la "ausencia al trabajo sería responsabilidad de empleado porque fue condenado por un delito determinante de su privación de libertad"-sino que en el distracto no se invocó causa alguna.

La reinserción social de las personas que han sido condenadas por la comisión de delitos debe comprender también y muy especialmente la reinserción laboral, esto es, el reingreso al mercado de trabajo.

En el caso de personas que estaban trabajando la solución pasa necesariamente por la reintegración a su puesto de trabajo, efecto que en buena lógica debe ser socialmente percibido como obligado, normal y habitual en las relaciones de trabajo, ya que no existe motivo alguno para la extinción del vínculo laboral, salvo que entendamos la condena penal como estigmatizadora y al condenado como indeseable.

"Pero nuestra regulación penal y nuestro sistema penitenciario", añadía el magistrado, "parte justamente del presupuesto contrario, de forma que quien cometió un delito no debe considerarse un delincuente socialmente indigno, sino justamente una persona necesitada de un plus de compromiso ciudadano para hacer efectiva su reinserción social".

Es muy interesante esta idea del “plus de compromiso ciudadano”, la reinserción no solo es una misión del Estado, sino que todos los ciudadanos debemos tener la empatía suficiente para aportar a este proyecto común, otorgando oportunidades laborales que hagan posible la reinserción laboral, más aún cuando se trata de quienes eran empleadores de las personas que sufrieron el encarcelamiento.

Además, extender los efectos de la condena penal al ámbito del contrato de trabajo, salvo en aquellos supuestos en los que ambos se encuentren relacionados y resulte el empresario

perjudicado por el delito cometido por el trabajador, o cuando el trabajador hubiere sido condenado a la pena privativa de derechos consistente en la inhabilitación especial para ejercer una profesión u oficio, supondría de facto la imposición de una pena adicional no prevista en el Código Penal español.

A su juicio, la pérdida del empleo como consecuencia de una condena penal "no puede considerarse compatible ni con el artículo 25.2 de la Constitución, que dispone que las penas estarán orientadas a la reinserción social, ni con la Ley General Penitenciaria", según la cual el condenado que haya cumplido su pena debe ser "plenamente reintegrado" en el ejercicio de sus derechos como ciudadano y que los antecedentes penales "no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica".

La anulación del despido implica la readmisión del empleado y el pago de los salarios de tramitación (el sueldo que el trabajador ha dejado de percibir desde que fue despedido hasta que se notifica la decisión del juez, siempre y cuando se cumpla con la reinstalación en el empleo).

El juez tampoco otorga validez a la comunicación del despido que la empresa remitió por burofax al domicilio del trabajador. "El despido, para tener validez, exige que el trabajador tenga conocimiento del mismo" y en este caso la carta de la empresa "obviamente no le fue comunicada por encontrarse privado de libertad, por lo que le resultaba imposible acceder a ella y también acudir a recogerla a la estafeta de Correos donde quedó depositada". Recuerdo que la empresa conocía que el trabajador se encontraba cumpliendo una pena de prisión.

La nulidad del despido se decide por vulnerar los artículos 14 y 25 de la Constitución. El primero protege el derecho a no ser discriminado por circunstancia alguna y el segundo establece que las penas de privación de libertad deben estar orientadas a la reinserción social.

La resolución, dictada por quien es un referente en la jurisdicción social o laboral, propone, además una "reconsideración" de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 1990 y 1994 en las que el alto tribunal, sin apreciar que una condena penal constituya en sí misma causa de despido, consideró que el trabajador sería responsable de la ausencia de su puesto laboral al ser condenado por un delito determinante de la privación de

libertad. El juez del trabajo español se aparta así de estos precedentes al sostener que tienen “cierta longevidad” que justifican el cambio jurisprudencial.

#### IV. Conclusiones

Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a la libertad de la cual se desprende la igualdad; se trata de un estatus jurídico que conforma la igualdad civil, cuya aplicación más clara es la eliminación de las discriminaciones arbitrarias entre las personas.

En nuestro caso creemos correcta la decisión del juez español ya que el despido del trabajador cuando se encontraba en prisión resulta una conducta discriminatoria incompatible con la Constitución Española y con la ley penitenciaria que están pensadas con la finalidad de la resocialización del condenado a una pena privativa de libertad.

El trabajo es un elemento de singular importancia en el marco de la resocialización y todos debemos aportar un “plus de compromiso ciudadano” como dice el juez español para hacer posible el mandato resocializador en materia de ocupación laboral, evitando conductas de tono estigmatizaste y discriminador que signifiquen la pérdida de sagradas oportunidades.