

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

ANUARIO

2011

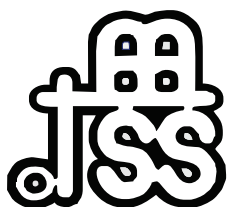
AÑO II - NÚMERO 2

Despido discriminatorio



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



ANUARIO

2011

AÑO II - NÚMERO 2



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Presidente	GRACIELA A. GONZÁLEZ
Vicepresidente	JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE
Secretario	HÉCTOR DAVID RODRÍGUEZ
Tesorero	LEONARDO AMBESI
Vocales titulares	CÉSAR GUSTAVO FERRANTE LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ JOSÉ TRIBUZIO LAURA CHAHER JORGE GARCÍA RAPP MARCELO NAVARRO
Vocales suplentes	ESTEBAN CARCAVALLO MIGUEL A. GORLA
Revisores de cuentas	MARIANO EMILIANI SILVIA GUTIÉRREZ GARAY MARÍA TERESA ALONSO PARDO

Anuario

Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

(A. A. D. T. y S. S.)

EDITORIA RESPONSABLE

GRACIELA A. GONZÁLEZ

SECRETARIA DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

CONSEJO DE REDACCIÓN

RICARDO A. GUIBOURG

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

ALBERTO L. RIMOLDI

HÉCTOR DAVID RODRÍGUEZ

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por MARIO E. ACKERMAN	9
<i>Despido discriminatorio: problemas actuales en torno a un instituto antiguo</i> , por JORGELINA F. ALIMENTI	15
<i>El acto discriminatorio bajo la forma de despido</i> , por EDUARDO ÁLVAREZ	69
<i>El despido discriminatorio</i> , por HÉCTOR C. GUIADO	97
<i>A propósito de la estabilidad impropia en el Derecho argentino después de la reforma constitucional de 1994 y los fallos sobre reinstalación en casos de discriminación</i> , por CARLOS ALBERTO LIVELLARA	159
<i>Despido discriminatorio</i> , por LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ	219
<i>Anexo – Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i>	255
ÍNDICE SUMARIO	297

PRESENTACIÓN

Haciendo gala de su habitual lucidez, frente a las tendencias jurisprudenciales prevalecientes, y con probable preocupación –y razón–, pronosticaba Ricardo Guibourg en su voto –en disidencia parcial– en la sentencia de la sala III de la CNAT en el caso “Camuso”, que:

...será inevitable que los despidos arbitrarios se deslicen poco a poco hacia la protección antidiscriminatoria y esta última, paulatinamente privada de su especificidad, acabe por modificar el sistema de estabilidad del Derecho del Trabajo en nuestro país sin que una decisión legislativa así lo haya dispuesto¹.

Si bien es aún prematuro pronunciarse sobre el acierto o error de esta severa premonición, no es en cambio opinable que a partir de una concepción *amplia* de la noción de *discriminación* y del criterio con el que se ha acogido la aplicación de la ley 23.592 en el ámbito de las relaciones de trabajo, ya no es infrecuente que se proyecte la calificación de *despido discriminatorio* a hipótesis en las que no parece haber un *trato diferente* y, a partir de ese encuadramiento, se pretenda la declaración de *nulidad del despido* y la consecuente reincorporación del trabajador.

En estos términos, no parece exagerado advertir sobre los riesgos de una verdadera *banalización* de este derecho humano fundamental que, en el terreno de las relaciones de trabajo, y en los términos del Convenio N° 111 (1958) de la OIT, se manifiesta como el derecho a la *igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación*.

¹ CNAT, sala III, 29-7-2009, autos “Camuso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina”, D. T. 2010-312.

En cualquier caso, lo cierto es que, fortalecida por el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Álvarez c/Cencosud”², y en base a una generalizada aceptación de la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones de trabajo, en particular a las hipótesis del *despido discriminatorio* –extremo que tampoco estuvo exento de oposición³–, tres son las grandes cuestiones que han quedado planteadas en la doctrina y la jurisprudencia:

- a) La identificación de las conductas de los empleadores que suponen discriminación en caso de despido injustificado;
- b) la atribución de la carga probatoria de la conducta discriminatoria, y
- c) la posibilidad de imponer judicialmente la reincorporación del trabajador cuando su despido se califique como discriminatorio.

Y éstas son, así, las polémicas materias en torno de las cuales giran los cinco estudios que integran este segundo *Anuario* de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tengo el privilegio de presentar.

Sin pretender ingresar subrepticamente en el debate a través de estas breves líneas de presentación de los cinco documentados y rigurosos estudios que estoy introduciendo, aunque a conciencia de que lo que a continuación expondré –casi *a puño alzado*– es ya una toma de posición, no quiero excusarme –ni privarme– de expresar aquí mi percepción sobre las cuestiones que están en discusión.

1. Aun cuando pueda discreparse sobre el concepto de discriminación y su coincidencia o no con la noción de trato desigual⁴, sobre la connotación peyorativa de este sustantivo⁵ o sobre el

² CSJN, 7-12-2010, autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”.

³ Ver, por ejemplo, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Discriminación en el despido o despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 129 y ss.

⁴ Ver MACHADO, José Daniel, *Discriminación y trato desigual: una diferencia jurídicamente relevante*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, ps. 35 y ss.

⁵ Como lo considera Eduardo Álvarez en el trabajo *–El acto discriminatorio bajo la forma de despido–* que se incluye en este *Anuario* y con quien implícitamente parece coincidir Carlos Livellara –también aquí en su *A propósito de la estabilidad impropia en el Derecho argentino después de la reforma constitucional de 1994* y

carácter enunciativo o taxativo –abierto o cerrado– de las causales mencionadas en las normas y documentos internacionales y en la legislación nacional⁶, no puede dejar de admitirse que, como bien lo destaca Eduardo Álvarez ya en el título de su trabajo⁷, lo que debería examinarse cuando se habla de despido discriminatorio es si, en la realidad de los hechos, se produjo o no un acto de discriminación en perjuicio de un trabajador que, en el caso, se materializó con su despido injustificado.

2. El segundo elemento –que, en rigor, es inescindible del anterior– lo aportan en este Anuario coincidentemente Jorgelina Alimenti y Héctor Guisado⁸, quienes ponen particular énfasis en la necesaria distinción entre el llamado despido discriminatorio –o, mejor, en la discriminación en el despido– y el despido represalia, esto es, el supuesto en el que el empleador adopta la decisión de segregar al trabajador como reacción –ilegítima– frente al ejercicio por éste de un derecho reconocido por la legislación pero que incomodó o desagradó a aquél. El ejemplo aparece en la situación descrita en el inciso c, del artículo 5º del Convenio N° 15⁸ de la OIT⁹, donde se considera injustificada la terminación

los fallos sobre reinstalación en casos de discriminación–. En el mismo sentido ver Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, Informe del director general, *La hora de la igualdad en el trabajo; Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, OIT, Ginebra, 2003, p. 6, donde se expresa que “Discriminar en el empleo y la ocupación consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios...”

⁶ Ver en el estudio de Liliana Rodríguez Fernández –*Despido discriminatorio*– varias hipótesis de discriminación que no suelen mencionarse en las normas internacionales ni nacionales. Ver también Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, *Dar un rostro humano a la globalización; Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, OIT, Ginebra, 2012, ps. 339 y ss.

⁷ En cierto modo coincide con este abordaje Jorgelina Alimenti –en su *Despido discriminatorio: problemas actuales en torno de un instituto antiguo*– quien, pese a reproducir el título propuesto a todos los autores, en el desarrollo de su trabajo hace referencia a la *discriminación en ocasión del despido*.

⁸ En su trabajo que también titula *El despido discriminatorio*.

⁹ *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982*. Si bien este Convenio no ha sido ratificado por la Argentina, apelo a esta referencia para dar un ejemplo generalmente aceptado de *despido represalia*.

de la relación de trabajo por iniciativa del empleador si la causa de ésta es la presentación por el trabajador de una queja o la participación en un procedimiento entablado contra aquél por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o por haber recurrido ante las autoridades administrativas competentes.

3. En orden a la carga de la prueba, y frente a los riesgos de los excesos de los ingredientes adicionales que señala Héctor Guisado en algunos pronunciamientos judiciales –que, él por cierto, no parece compartir–, cabe destacar que ya la Corte Suprema, en el caso “Pellicori”¹⁰, ha puesto un punto de razonable equilibrio por la vía de lo que, siguiendo también a Peyrano, igualmente aquél bien califica como cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes.
4. Finalmente, y suponiendo, por hipótesis¹¹, que, por aplicación del artículo 1º de la ley 23.592, en cualquier caso de discriminación en el acto del despido corresponda la reincorporación del trabajador, amén de observar, como bien lo destaca Rodríguez Fernández, que en la mayoría de los casos se trató de supuestos de discriminación antisindical –como lo fue especialmente en “Álvarez c/Cencosud”– y de recordar, además, que en esa oportunidad el fallo de la Corte se apoyó en una mayoría estrecha, es necesario advertir que, producida la reinstalación, queda pendiente de definición la situación jurídica para el después. Esto es, mientras que la ley 23.551 contempla una estabilidad absoluta hasta un año después de vencido el mandato del representante de los trabajadores –artículo 48–, plazo que se reduce a seis meses en el caso de los candidatos –artículo 50–, en la hipótesis

¹⁰ CSJN, 15-11-2011, autos “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”.

¹¹ Esta aclaración pretende anticipar mi discrepancia con el criterio de que la calificación judicial de un despido como *discriminatorio* pueda dar lugar, por aplicación del artículo 1º de la ley 23.592, a la modificación del régimen de estabilidad del trabajador. Sí, en cambio, y también de acuerdo con lo previsto en esta norma, correspondería la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Bien entendido que, salvo en las hipótesis en las que estuviera prevista normativamente una *tarifa* –como ocurre para los supuestos de despido por *embarazo*, *maternidad* o *matrimonio*–, la reparación debería establecerse haciendo aplicación de las normas del Derecho Civil y en la extensión del daño que el damnificado acredite haber sufrido.

de reincorporación después de un despido discriminatorio, ¿esa estabilidad no tiene límite temporal? ¿No supondría esto una verdadera discriminación frente a los demás trabajadores –que sólo gozarían de una estabilidad relativa impropia– o, aun, frente a los representantes amparados por una tutela sindical con vigencia limitada en el tiempo? Y, eventualmente, ¿tendría facultades el juez para fijar tal plazo?

Y con estas últimas preguntas –para las que, por el momento, tampoco yo tengo respuesta o, en todo caso, como quedó antes dicho, no es éste el ámbito para ensayarla– quiero dejar presentados los cinco valiosos aportes con los que se ha abordado la actual y polémica cuestión del denominado *despido discriminatorio* y es deseable así que, como en alguna medida propone Liliana Rodríguez Fernández, estos documentos sean un nuevo estímulo para impulsar una necesaria reflexión colectiva de cara a una reformulación normativa del régimen de despido en Argentina.

MARIO E. ACKERMAN

DESPIDO DISCRIMINATORIO: PROBLEMAS ACTUALES EN TORNO A UN INSTITUTO ANTIGUO

por JORGELINA F. ALIMENTI

Cada palabra tiene junto a su significado peculiar otros connotativos y otros enteramente arbitrarios (recuerda Borges con cita de Novalis)¹.

SUMARIO: 1. ¿De qué se habla cuando se habla de discriminación? a) En el lenguaje común. b) En el léxico jurídico. c) Estructura conceptual de la discriminación. d) La discriminación en ocasión del despido. e) ¿Son asimilables las nociones de despido discriminatorio y despido represalia? 2. La ley 23.592 y su aplicabilidad a las relaciones de trabajo. 3. ¿Qué dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”? a) El voto de la mayoría. b) El voto de la minoría. c) La doctrina del caso “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”. 4. La prueba de la discriminación en ocasión del despido. 5. La situación del trabajador despedido por motivo discriminatorio y luego reinstalado en su puesto de trabajo. 6. La prueba del daño y su reparación. a) La determinación del daño moral. b) La cuantificación del daño moral. c) El daño material. 7. Reflexiones finales.

Y las palabras “discriminación” y “discriminatorio” no constituyen una excepción a tal afirmación, especialmente en tiempos en los que,

¹ BORGES, Jorge Luis, *Reflexiones acerca del sentido de las palabras*, en revista *Por nuestro idioma*, año 1, N° 4, Buenos Aires, abril-marzo de 1936, y publicado en el *Suplemento literario de Página 12*, del 22-8-99, Año II, N° 93.

creo no equivocarme, se asiste a la expansión de esas nociones, producto de la evolución normativa y simbólica del principio de igualdad², pero también –y ahora pensando el tema en el específico ámbito de la extinción del contrato de trabajo– como consecuencia de que el despido fundado en motivos discriminatorios pareciera estar en condiciones de poner a prueba, con la contundencia con que no se lo había hecho hasta ahora, al sistema tradicional de estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector privado, al tornar viable su reinstalación y la percepción de reparaciones que desbordan la habitual indemnización tarifada.

¿Puede el despido fundado en una actitud discriminatoria ser la grieta por la que se vacíe de contenido el sistema de estabilidad relativa impropia? Ésa pareciera ser la pregunta y la preocupación que encierra el tema del despido discriminatorio. Para responderla propongo, a lo largo de esta participación, despejar las variables que abrirán paso a una respuesta posible.

Claro que es tanto lo que se ha escrito sobre el tema de la discriminación en general y en el ámbito de las relaciones de trabajo en particular y, más específicamente aún, sobre la discriminación en ocasión del despido, que no puedo menos que sentirme un tanto inhibida frente a tal producción doctrinaria y jurisprudencial, a la vez que preocupada por definir cuál habrá de constituir el valor agregado de este trabajo que lo aleje de ser una mera refundición de tantos y tan valiosos aportes previos.

Así es que siguiendo el cuestionario propuesto por el doctor Ricardo A. Guibourg, a la manera que las plantas se apegan al tutor para crecer derechas, procuraré volcar lo más ordenadamente posible las reflexio-

² GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho a la no discriminación y control de constitucionalidad*, en L. L. del 6-3-2009, ps. 1 y ss. El autor se refiere a la evolución normativa del derecho a la no discriminación, en la medida que se ha positivizado en constituciones e instrumentos internacionales adquiriendo el estatus de derecho fundamental y derecho humano con un contenido constitucional protegido determinado por la interdicción de ciertos criterios, clasificaciones o categorías, y a la evolución 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 la ley y ante los otros.

nes que el tema de estudio me provoca. Y vaya la aclaración al lector, desde el inicio, en cuanto a que muy probablemente nada original encuentre en ellas, ni en las conclusiones, salvo por el hecho de que cuanto aquí se exprese intentará reflejar lo más estrechamente posible los razonamientos que hilvanaron esos pensamientos.

1. ¿De qué se habla cuando se habla de discriminación?

a) *En el lenguaje común*

Sin que lo que sigue signifique apartarme del esquema propuesto, encuentro necesario, dada la vinculación con posteriores desarrollos en este trabajo, precisar el concepto de discriminación, congestionado no sólo como consecuencia de la evolución de su uso sino también de sus matizados significados técnicos.

Si discriminatorio es aquello que discrimina y discriminación es la acción y el efecto de discriminar, deviene imprescindible definir esa acción. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, una de las acepciones de la palabra discriminar es la de “seleccionar excluyendo” y, la otra, la de “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera”³. Podría decirse entonces que en el uso frecuente de la lengua común y culta, la acción de discriminar supone desfavorecer, ya sea porque se elige a alguien por medio de una selección para quitarlo del lugar que ocupa o privarlo de algo o para descartarlo, rechazarlo o negarle la posibilidad de algo, o bien porque se lo trata peyorativamente como consecuencia de algún atributo o cualidad personal. Sin embargo, existe una diferencia relevante entre ambos significados: mientras que el primero nada dice al respecto, el segundo demanda, para la configuración de la acción discriminatoria, el enlace del trato desfavorecedor con alguno de los criterios vedados (“...por motivos...”)⁴. Es decir que, en el lenguaje común,

³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, t. I, p. 833.

⁴ Dejamos de lado en esta ocasión, por no ser, en principio, relevante en el tema del despido, la consideración del contorno (contexto) en el que también se suele presentar la palabra discriminación; me refiero puntualmente a la discriminación *positiva* que el *Diccionario de la Lengua Española* define como “protección de carác-

habrá discriminación tanto en el caso de que se prodigue un trato distinto a una o más personas respecto del resto como en el que se dé un trato de inferioridad con motivo de alguna condición subjetiva del discriminado⁵.

b) *En el léxico jurídico*

Esa diferencia en los componentes de las acepciones que se constata en el léxico común se traslada con consecuencias no menores al terreno jurídico.

En ese ámbito resulta prioritario explorar los diferentes textos normativos a fin de establecer la estructura conceptual del derecho a la no discriminación arbitraria.

Si comenzamos por nuestra Constitución Nacional, debe señalarse en primer lugar que su artículo 16 acoge el principio de igualdad ante la ley, desarrollado luego por la Corte Suprema de Justicia en la fórmula que postula el mismo tratamiento a quienes se encuentren en iguales condiciones, sin que sea posible establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias. El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad hacia personas o grupos de personas determinados, o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho sustancialmente equivalentes.

Vinculada más específicamente con nuestra materia, no puede dejar de mencionarse la cláusula contenida en el artículo 14 nuevo que establece la garantía de “igual remuneración por igual tarea”, con el objeto de prohibir las discriminaciones arbitrarias en el pago de salarios a personas que realizan trabajos similares, prohibición que abarca la de establecer categorías salariales discriminatorias no sólo por

ter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión para lograr su plena integración social”, p. 883.

⁵ ELÍAS, Jorge, *La onda expansiva del despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 71 y ss., alude a los elementos objetivos y subjetivos en la definición de la discriminación.

parte de los particulares, sino también por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo⁶.

Por otra parte, la Constitución argentina, luego de su última reforma, contempla expresamente, aunque no define, el derecho a la no discriminación en: a) la acción de amparo, cuando el artículo 43, segundo párrafo, permite interponerla contra cualquier forma de discriminación; b) la acción de hábeas data, contemplada en el tercer párrafo de la misma norma, que permite en caso de discriminación deducir esa acción a fin de exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos o asientos referidos a una persona que se encuentren en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, y c) en el artículo 75, inciso 19, tercer párrafo que establece como competencia del Congreso de la Nación sancionar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

Claro que, luego de la reforma constitucional de 1994, una serie de normas internacionales opera en el Derecho interno como fuente externa incorporada y con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2º párr.), de allí que su contenido con relación al tema que estamos tratando, y al que haré referencia pese a que ha sido citado en numerosas publicaciones y sentencias, sea de imprescindible conocimiento.

Se trata de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la

⁶ Dice Mario Ackerman sobre esta garantía (si bien analizada en el contexto más amplio del conjunto de Estados que integran la OIT), que fue pensada y diseñada fundamentalmente –aunque no siempre en forma expresa– para evitar la postergación salarial de las mujeres y que, luego de algunas necesarias correcciones en su enunciado, fue progresivamente superada para tender a una amplia promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en las diferentes etapas de la llamada contratación laboral. Ver *De la garantía de igualdad salarial a la promoción general de la igualdad de oportunidades y de trato en las normas de la OIT y sus principales obstáculos*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-1, *Discriminación y violencia laboral – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 37.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En lo que sigue se dará cuenta de los contenidos pertinentes que se encuentran presentes en dichos instrumentos internacionales.

El artículo 2º de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* dice: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* contiene tres artículos referidos al tema; el artículo 2º expresa: “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. El artículo 7º dice que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Finalmente, el artículo 23, apartado 2 establece que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

El artículo 1º de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* enumera entre los deberes de los Estados el de comprometerse “...a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, mientras que el artículo 24 declara: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* establece en su artículo 2.2 que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El artículo 7.a.i, al tratar las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias alude a “Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual” y el 7.c, se refiere a la “Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece en el primer apartado de su artículo 2º que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social”. El artículo 3º dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”, y el artículo 26 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El artículo 2º de la *Convención sobre los Derechos del Niño* establece que “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de

la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Finalmente, no pueden faltar en esta enumeración las convenciones destinadas específicamente a combatir la discriminación racial (v. en particular sus arts. 2º y 5º) y todas las formas de discriminación contra la mujer. En el caso de esta última merece ser destacado que el artículo 1º define en qué consiste la “discriminación contra la mujer”. La norma en cuestión establece que tal expresión denota “...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Como puede apreciarse, en su mayoría⁷, las normas internacionales con jerarquía constitucional aluden a la discriminación sin definirla y la enlazan a una serie de criterios o motivos explicitados a los que se agrega una fórmula lo suficientemente abierta para que, frente a la imposibilidad de agotar todos los supuestos de trato discriminatorio, se admita la incorporación de categorías distintas de las enunciadas.

En el plano supralegal (art. 75, inc. 22, 1º párr., CN), corresponde mencionar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) cuyo artículo 3º sienta la obligación de no discriminación en los siguientes términos: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio

⁷ Como vimos, el artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define el significado de la expresión “discriminación contra la mujer”.

de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Con igual rango se identifican la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (Unesco, 1960); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y la Convención Interamericana contra todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por lo demás, no deben ser omitidas la Declaración Socio-Laboral y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur. El primero de esos instrumentos, luego de establecer que todo trabajador “tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] de conformidad con las disposiciones legales vigentes...”, dispone que los Estados Partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación...” (art. 1º). El segundo, relativo a la seguridad social, establece en su artículo 2º, al definir el ámbito personal de aplicación del acuerdo: “1. Los derechos de Seguridad Social se reconocerán a los trabajadores que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados Partes reconociéndoles, así como a sus familiares y asimilados, los mismos derechos y estando sujetos a las mismas obligaciones que los nacionales de dichos Estados Partes con respecto a los específicamente mencionados en el presente Acuerdo. 2. El presente Acuerdo también será aplicado a los trabajadores de cualquier otra nacionalidad residentes en el territorio de uno de los Estados Partes siempre que presten o hayan prestado servicios en dichos Estados Partes”.

En último pero no menos importante lugar, corresponde mencionar, dentro de la categoría de normas con jerarquía superior a las leyes, a los convenios provenientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Y si la discriminación es el tema, el Convenio N° 111⁸ (suplemen-

⁸ Ratificado por decreto-ley 17.657/1968.

tado con la Recomendación N° 111) de 1958, sobre discriminación en el empleo y ocupación, es la norma de la OIT que sienta los conceptos básicos. Sin embargo, no puede ignorarse que varios otros instrumentos de esa organización se refieren a factores de discriminación que no están expresamente citados en el mencionado Convenio N° 111; entre ellos, la afiliación o acción sindical (Convenio N° 87⁹ de 1948, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y Convenio N° 98¹⁰ de 1949, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva), la actividad de los representantes del personal (Convenio N° 135¹¹ y Recomendación N° 143 de 1971, sobre representantes de los trabajadores), la situación familiar (Convenio N° 156¹² y Recomendación N° 165 de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares), el estado marital, el embarazo y las responsabilidades familiares (Convenio N° 158¹³ de 1981, sobre terminación del empleo). Otros instrumentos versan sobre la eliminación de la discriminación contra categorías específicas de trabajadores, tales como los migrantes (entre otros, el Convenio N° 97¹⁴ y la Recomendación N° 86 de 1949), los inválidos (Convenio N° 159¹⁵ y Recomendación N° 168 de 1983, sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas) y los trabajadores de edad (Recomendación N° 162 de 1980), el Convenio N° 100¹⁶ y Recomendación N° 90, de 1951 sobre igual remuneración, el Convenio N° 118¹⁷ de 1962 referido a la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales en materia de seguridad social y el Convenio N° 169¹⁸, de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales.

En razón de que se trata de la norma básica sobre la discriminación en las relaciones de trabajo, y toda vez que el Convenio N° 111 ha

⁹ Ratificado por ley 14.932.

¹⁰ Ratificado por decreto-ley 11.594/1956.

¹¹ Ratificado por ley 25.801.

¹² Ratificado por ley 23.451.

¹³ Convenio no ratificado por nuestro país.

¹⁴ Convenio no ratificado por nuestro país.

¹⁵ Ratificado por ley 23.462.

¹⁶ Ratificado por decreto-ley 11.595/1956.

¹⁷ Convenio no ratificado por nuestro país.

¹⁸ Ratificado por ley 24.071.

sido ratificado por la República Argentina, es conveniente detenerse, aunque sólo sea brevemente, en su contenido¹⁹.

Bajo esta norma de la OIT, la discriminación incluye “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Los Estados pueden obviamente agregar otras causas de discriminación. Si lo hacen, dispone el Convenio, deben previamente consultar a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, donde ellas existan, y a otros organismos apropiados.

El citado Convenio menciona varias causas de discriminación. Entre ellas, la raza o el color de piel constituyen un criterio conocido que condujo a la segregación y al *apartheid*. La conducta negativa ataca particularmente a minorías considerables. En realidad, no es tanto la raza, el color o el origen étnico de la persona apuntada lo que da lugar a la discriminación, sino los valores negativos que el discriminador considera que la víctima encarna. Por su parte, las diferencias de trato basadas en el sexo son el centro de la mayoría de los debates sobre discriminación inaceptable versus distinciones legítimas; por otra parte, las motivadas en las convicciones políticas y religiosas, y las relativas a la libertad de opinión y expresión y sus límites en la relación de trabajo generan complejas cuestiones para las que los textos internacionales, generalmente redactados en términos genéricos, no proveen respuestas específicas. El Convenio N° 111 también cita la “ascendencia nacional” apuntando así a la distinción hecha respecto de extranjeros naturalizados, o ciudadanos de diferentes comunidades nacionales y culturas dentro del mismo país. No concierne a la nacionalidad, ya que los extranjeros están amparados por otras normas de la OIT, en particular el Convenio N° 143 (y la Recomendación suplementaria N° 151) de 1975, sobre migraciones en condiciones abusivas e igualdad de

¹⁹ Por haberlo ratificado, el Estado argentino se obligó a formular y llevar adelante una política nacional que promueva, con métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (v. art. 2°).

oportunidades y trato de los trabajadores migrantes²⁰⁻²¹. Habrá advertido el lector que el Convenio N° 111 no contempla la discriminación por causas gremiales; sin embargo tal motivo es objeto de tratamiento en los convenios específicos y en el N° 158, como dijimos, no ratificado por nuestro país.

El Convenio N° 111 se refiere al empleo y la ocupación. Especifica que esos términos abarcan el acceso a la formación profesional, admisibilidad en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo.

La Recomendación N° 111, por su parte, hace una lista de las áreas que deben ser protegidas:

- “i) Acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;
- ”ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo;
- ”iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona;
- ”iv) seguridad en el empleo;
- ”v) remuneración por un trabajo de igual valor;
- ”vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo”.

Agrega que los empleadores no deberían practicar o tolerar discriminación al contratar, formar, ascender o conservar el empleo de una persona o al fijar los términos y condiciones de trabajo. Lo mismo aplica a las organizaciones de trabajadores y de empleadores con respecto a la admisión y conservación de la afiliación y la participación en los asuntos sindicales.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el Convenio N° 111

²⁰ Convenio no ratificado por nuestro país.

²¹ SERVAIS, Jean-Michel, *Derecho Internacional del Trabajo*, trad. de Jorgelina F. Alimenti, Heliasta, Buenos Aires, 2011.

se inscribe en el cuadro de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (OIT, 1998).

Esta Declaración presenta un instrumento “promocional”²² que sirve para traducir los valores de la OIT a programas integrados de desarrollo y destaca las obligaciones inherentes a la pertenencia a la OIT, independientemente de la ratificación de los convenios sobre derechos fundamentales en el trabajo, a la vez que llama a un fuerte compromiso político para asegurar el respeto de esos derechos, su promoción en la práctica económica y social y los informes sobre esos puntos.

La Declaración recuerda que por el solo hecho de pertenecer a la Organización, los miembros estuvieron de acuerdo con los principios y derechos contenidos en la Constitución de la OIT y la anexada Declaración de Filadelfia y se obligaron a trabajar para lograr los objetivos generales de la Organización “en la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas”. Aquellos principios y derechos “han sido expresados y desarrollados en forma de derechos específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización”. Aun si no han ratificado los convenios, los Estados Miembros tienen una obligación de respetar, promover y realizar, de buena fe, los principios fundamentales que enuncia, entre los que se encuentra, precisamente, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Ya en el ámbito local, la Ley de Contrato de Trabajo alude a la discriminación en dos de sus artículos: el 17 prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, y el 81 impone al empleador dispensar igual trato a todos los trabajadores en igualdad de situaciones y establece que se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

La Ley 23.551, de Asociaciones Sindicales, enumera entre las prác-

²² Ver el párrafo operativo 4.

ticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo, la práctica de trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por el régimen de la ley (art. 53, inc. j).

Por su parte, la ley 23.592, conocida como la ley antidiscriminatoria, en su artículo 1º, primer párrafo, establece: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. Luego, en el párrafo siguiente, se agrega: “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Corresponde recordar aquí que la ley 23.592 es, además, una ley que penaliza los actos discriminatorios, elevando la escala penal cuando el delito fuera cometido por persecución u odio a una raza, religión, nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (art. 2º) y dispone que serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma, y establece que en igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (art. 3º).

Existe también otra serie de leyes que disponen la protección de las personas que padecen determinadas enfermedades y la prohibición de discriminarlas por ese motivo; entre ellas la ley 23.753 (diabetes), ley 25.404 (epilepsia), ley 23.798 (sida), sin olvidar la ley 22.341 (discapacidad).

Finalmente, debe mencionarse la ley 25.212, ratificatoria del Pacto

Federal de Trabajo, que en su Anexo II establece como infracción muy grave y dispone sancionar con elevadas multas “las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares”, previendo que en caso de reincidencia pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 4º y 5º).

c) *Estructura conceptual de la discriminación*

Coincido con Andrés Gil Domínguez en cuanto explica que cuando una norma (local o internacional) prescribe que las personas podrán ejercer los derechos fundamentales y los derechos humanos de los que son titulares sin discriminación alguna basada en determinados caracteres originarios o adquiridos que expresamente veda, está llevando al terreno del Derecho positivo una respuesta al dolor padecido y al mal provocado por las personas en honor a las luchas y revoluciones que significaron el padecimiento de hombres y mujeres por superar las opresiones y privaciones que eran entendidas como normales y naturales y, por lo tanto, inmodificables²³.

Sobre esa base, en mi opinión y por lo que entiendo se desprende de las normas transcritas, la discriminación tiene una estructura conceptual compleja: de un lado, se identifica el impedimento, la obstrucción, la restricción o algún modo de menoscabo al ejercicio de derechos fundamentales; del otro, la cualidad de la persona segregada o el motivo generador del trato desfavorable. Cualidad o circunstancia que la persona discriminada, como explica Machado, no ha podido elegir y, por lo tanto, no depende de sus decisiones voluntarias (sexo, raza, color, caracteres físicos, ascendencia nacional, entre otras), o bien está determinada por factores que no son estrictamente voluntarios (condición social, orientación sexual o razones de salud), o, por el contrario, es el resultado de decisiones voluntarias de la persona, que

²³ GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit. en nota 2.

hacen a su esfera de autonomía y se vincula con otros derechos fundamentales encontrándose, por ende, protegida (religión, opinión política o sindical)²⁴. Ambos componentes deben concurrir para que el acto discriminatorio se concrete.

Por otra parte, y continuando con el intento de dar contornos precisos al concepto, puede decirse que todo acto discriminatorio importa trato desigual; sin embargo, no todo acto desigual implica, necesariamente, discriminación²⁵. Digo esto no sólo porque la propia Ley de Contrato de Trabajo admite el tratamiento diferente cuando responda a principios de bien común, mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador (en cuyo caso los excluidos de un determinado beneficio que no reúnan esas condiciones no se encontrarían legitimados a solicitar la igualación), sino porque, además, el empleador podría prodigar a un empleado trato desigual sin que esa acción tuviera arraigo en alguno o algunos de los motivos discriminatorios interdictados por la ley (u otros que pudieran considerarse tácitamente incluidos). Veámoslo con un ejemplo: supongamos el caso de un empresario que decide rebajar la remuneración sólo a un trabajador entre diez que realizan la misma tarea con desempeño similar; el trabajador desfavorecido de nuestro ejemplo es de nacionalidad argentina, raza blanca, de sexo y orientación sexual masculinos, católico, sin responsabilidades familiares y de 35 años de edad. En el caso, no existe, en principio, fundamento objetivo que justifique el tratamiento diferente, pero tampoco se configura, propiamente, discriminación. Lo que en el ejemplo dado se concreta es un supuesto de trato desigual arbitrario, en condiciones de configurar incumplimiento contractual pero no discriminación propiamente dicha.

Según lo entiendo, la discriminación es un trato desigual particularmente dañino porque además del perjuicio que genera al trabajador por quitarle el lugar que ocupaba o por privarlo de algo o descartarlo, rechazarlo o negarle la posibilidad de algo, se configura el otro daño, el que se produce como resultado de que la víctima sabe que el pa-

²⁴ MACHADO, José Daniel, *Discriminación y trato desigual: una diferencia jurídicamente relevante*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, p. 47.

²⁵ En el mismo sentido, MACHADO, ob. cit. en la nota anterior.

decimiento que sufre es consecuencia de su ser o de su elección (esto último con relación a temas que hacen claramente a su autonomía personal y se vinculan con sus derechos fundamentales), extremos éstos cuya modificación es imposible en algunos casos o bien no puede ser exigida al trabajador sin violación de derechos que se han convenido como fundamentales (y que todos debemos gozar en pie de igualdad). Ésa es la conducta prohibida y penalizada por la ley 23.592, de modo que, siempre que a pedido del damnificado su existencia se compruebe, no importa el ámbito en el que ello suceda, serán aplicables las consecuencias que esa ley prevé, en la medida que otra norma aplicable no disponga un efecto distinto²⁶.

d) *La discriminación en ocasión del despido*

A la hora de orientar el análisis de la discriminación hacia el despido, el tema, de un lado, se acota, pues parece poco probable que varios de los motivos vedados por la ley se constituyan en la causa de la desvinculación. Ello así, toda vez que si no fueron obstáculo para la contratación del trabajador²⁷, es difícil imaginar que se erijan en el motivo de la ruptura (v. gr., sexo, raza, color, nacionalidad). El tema suele circunscribirse, entonces, a otras razones de discriminación, sobrevinientes algunas y preexistentes pero conocidas por el empleador con posterioridad al acceso del trabajador al empleo, otras.

En ese orden se observa que las normas internacionales enuncian

²⁶ Norma que, debe decirse, podría ser cuestionada en su constitucionalidad –y precisamente por discriminatoria– en la medida que no previera la reinstalación del trabajador. Éste, hay que decirlo también, puede ser otro próximo debate.

²⁷ Un caso de discriminación en la contratación fue el resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala H en los autos “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA”, del 16-12-2002, cuando condenó a la empresa que durante años prefiriera la contratación de personal masculino, a contratar sólo mujeres hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. Entre muchas otras normas nacionales e internacionales y variada jurisprudencia nacional y extranjera, el Tribunal invocó el Convenio N° 111 sobre la discriminación y la Recomendación N° 111, así como la declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975 de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), completada en 1985 también por la CIT mediante una resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo.

un número no taxativo de caracteres en función de los cuales la limitación de derechos no es posible; la Ley de Contrato de Trabajo, en cambio, contiene dos enumeraciones cerradas y sólo en parte coincidentes –sexo, raza y religión–; mientras que la ley 23.592, con una fórmula diferente, establece que se tendrán particularmente en cuenta los motivos de discriminación que enuncia, admitiendo así la existencia de otros criterios (aunque, en las palabras de la ley, no sean los que corresponde tener *particularmente* en cuenta).

Al respecto se observa que la aparición de nuevos motivos de discriminación es objeto de permanente análisis por parte de la OIT. El Tercer Informe Global sobre la igualdad en el trabajo releva, además de los conocidos criterios basados en el género, la maternidad, la raza, las opiniones políticas, la religión, otros como las responsabilidades familiares, la paternidad, el origen étnico, la orientación sexual, el VIH/sida, la edad y el estilo de vida, y revela que al mismo tiempo que aumentan los motivos de discriminación es cada vez más común la conjunción de varios de ellos, al punto que esa situación se está convirtiendo en la regla y no en la excepción²⁸.

Así es que si bien un número importante de casos de despido discriminatorio se ha generado en torno a la discriminación por motivos gremiales y la mayor parte de los análisis doctrinarios se ha volcado a explorar ese particular supuesto, son varias otras las razones discriminatorias factibles de motivar la denuncia del contrato.

e) *¿Son asimilables las nociones de despido discriminatorio y despido represalia?*

Con el cometido de continuar despejando el concepto de discriminación (en su particular vinculación con el despido), dejaré de lado por ahora aquellos supuestos acerca de los cuales no hay duda sobre su condición de discriminatorios para llamar la atención sobre otros que, aunque considerados como tales por parte de la doctrina y la

²⁸ OIT, *Tercer Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplimiento*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe I (B).

jurisprudencia, participan de algunas características que alertan, a mi juicio, sobre la dificultad para encuadrarlos en esa categoría.

Me refiero en particular a casos en los que se hubiera comprobado que el despido obedeció, por ejemplo, al hecho de que el trabajador inició demanda contra su empleador²⁹ o declaró como testigo en un proceso en el que es parte este último³⁰.

Entiendo que el despido es, en estos supuestos, una respuesta de castigo o venganza por lo que el empleador entiende es una agresión u ofensa hacia él (la demanda o la declaración testimonial en su contra). Según lo veo, en rigor, el trabajador despedido en esas circunstancias es un trabajador represaliado, no un trabajador discriminado³¹.

Es cierto, sin embargo, que existen despidos que son, a la vez, discriminatorios y en represalia. En esos casos, obviamente, no hay impedimento para la aplicación de la normativa antidiscriminatoria. El supuesto sobre el que llamo la atención, en cambio, se suscita cuando no es posible relacionar el castigo que supone la ruptura contractual con un atributo, condición o circunstancia de la personalidad del trabajador de las consideradas por la norma como discriminatorias.

Al tratar este tema, y sin perjuicio de que no ha sido ratificado por nuestro país, no se puede dejar de mencionar al Convenio N° 158,

²⁹ Por ejemplo, el caso fallado por el Tribunal de Trabajo de Junín, “Sffaeir, Carolina c/Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada”, sentencia que, al momento de la elaboración de este artículo, se encuentra recurrida por ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

³⁰ CNAT, sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingelplam SA”, D. T. 2009-56.

³¹ En sentido contrario al que expresamos se ha manifestado ZAS, Oscar, *El despido represalia. El testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador*, en L. L. del 28-12-2009. En su opinión, la ausencia de tutela de la normativa antidiscriminatoria no puede basarse en la sola circunstancia de que la declaración testimonial no sea uno de los motivos de discriminación enunciados en las normas jurídicas pertinentes, pues esa enumeración no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, ni una interpretación restrictiva del alcance de cada uno de ellos. En esa línea entiende que la condición de testigo o el concreto cumplimiento del deber impuesto por la citación a declarar en un proceso encuadran en la cláusula abierta de “condición social” y en la mucho más amplia de “cualquiera otra condición” que es el motivo de discriminación más amplio y favorable para la tutela del trabajador.

sobre la terminación de la relación de trabajo (1982)³². Ese instrumento y la Recomendación N° 166 versan sobre la finalización del empleo, su justificación y los procedimientos a seguir en esas circunstancias. Se infiere como principio básico de tales normas internacionales que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o conducta, garantizándole de ese modo que no será privado de su trabajo sin justificación y, a la vez, reconociéndole al empleador su derecho a despedir por una causa justificada (entre ellas, además de la capacidad o conducta del trabajador mencionadas, se encuentran las basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio). El convenio establece asimismo –y esto es lo relevante a los fines del tema que estamos tratando– la prohibición de terminar la relación de trabajo por determinadas razones que responden, básicamente, a dos tipos: el primero involucra a la discriminación de alguna forma, el segundo se refiere a otras razones basadas en el ejercicio de algún derecho por parte del trabajador (creemos que, en rigor, es en esta segunda categoría que encuadra el supuesto que analizamos).

Entre los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, el artículo 5° del Convenio N° 158 señala el vinculado con la presentación de una queja o la participación en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de leyes o de reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes (inc. c), y establece que si alguno de los organismos neutrales que menciona el artículo 8° llegara a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (por la razón que estamos analizando o cualquiera de las otras cinco que menciona la norma) y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o pro-

³² Según el documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre terminación de la relación de trabajo, 1982 (N° 158) y la Recomendación sobre terminación de la relación de trabajo, 1982 (N° 166) de la Oficina Internacional del Trabajo, *Instrumentos sobre despido* (Ginebra, 18-21 de abril de 2011), el N° 158 es un convenio con baja tasa de ratificación ya que sólo se encuentra en vigor en treinta y cinco países y Brasil lo denunció en el año 1996.

poner la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (art. 10).

Este convenio, que expresamente contempla el caso que nos ocupa en este tramo (el del trabajador que entabla un reclamo contra su empleador y, más ampliamente, el del trabajador que atestigua en juicio entablado contra él), como ya dijimos, no ha sido ratificado por nuestro país.

A esta altura parece útil recordar que la ratificación es un acto voluntario y soberano por el que el Estado se obliga a aplicar las normas de un instrumento internacional, en este caso un convenio de la OIT. La adopción de los convenios internacionales del trabajo no requiere la firma de los Estados Miembros. La ratificación no constituye, en consecuencia, la confirmación de una firma, sino, más bien, un acuerdo para implementar el instrumento. Bajo los términos del artículo 19 (5) d de la Constitución, “si el miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al director general y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”. Ninguna forma especial es requerida. El Estado ratificante se obliga no sólo a aplicar el convenio, sino también a enviar informes periódicos sobre cómo lo hace (arts. 22 y 23) y a cooperar con los mecanismos de control previstos por los convenios de la OIT (arts. 24 y ss.).

Según los términos del artículo 19 de la Constitución de la OIT, los Estados que ratifican un convenio deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones. Esas medidas dependerán del tipo de normas que el convenio contenga. La mayoría de las normas tiene un contenido técnico específico y habitualmente requiere una adaptación de la legislación doméstica y/o medidas administrativas (por ejemplo, cuando se trata de la inspección del trabajo). Otras son programáticas en su naturaleza y tienden a requerir que el Estado adopte una política genuina en un determinado campo antes que leyes y reglas. Tal es el caso del desarrollo del empleo y de los recursos humanos. Esas normas están redactadas de modo flexible y general, y su principal objetivo es impulsar la acción; determinan metas

a ser alcanzadas. Su implementación, en consecuencia, implica varios tipos de medidas, algunas relativas al derecho, otras al entrenamiento, a la información, etcétera, y frecuentemente se basan en la cooperación técnica. Las normas fundamentales de la OIT, por último, pueden requerir simplemente que el Estado se abstenga de actuar de cierta manera. Más a menudo imponen alguna forma de acción positiva para promocionar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso y la abolición del trabajo infantil, la igualdad de oportunidades y de trato; esa acción puede, o no, ser jurídica, según el caso.

Pese a los específicos efectos que, como acabo de relatar, derivan de la ratificación, hay quienes sostienen que, a pesar de la ausencia de ratificación del Convenio N° 158 de la OIT, la norma es igualmente operativa en nuestro país. Y ello así por vía de la Observación General 18 de 2005 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) que interpretando la definición del derecho a trabajar que el PIDESC contiene en su artículo 6° expresó: “El Convenio N° 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4° e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a los recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente”³³.

³³ Al respecto, resulta de interés lo expresado en el considerando 7° del voto de la mayoría en el precedente de la CSJN, “Álvarez c/Cencosud SA” en los términos siguientes: “Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982) que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del Derecho del Trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto ‘impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente’ (*Observación general N° 18* cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, ‘anular la terminación’ y ordenar la ‘readmisión’ del trabajador (art. 10)”. Sobre lo expresado por la Corte nacional, entiendo que no debe perderse de vista, sin embargo, que dichas consideraciones fueron realizadas como fundamento para descartar de plano la pre-

Sin desconocer la jerarquía ni el valor orientativo de esa interpretación, coincido con la opinión según la cual la falta de ratificación del Convenio N° 158 (1982) constituye un obstáculo insalvable para su aplicación en el ámbito doméstico, toda vez que el CDESC no puede torcer la voluntad soberana del Estado logrando la vigencia del Convenio en cuestión, pese a no haber sido ratificado, a través de la aplicación de una de sus Observaciones Generales³⁴.

Pero como no quiero alejarme del objetivo de esta parte del trabajo, cual es definir si constituye o no un acto discriminatorio el despido del trabajador que se dispone como consecuencia del ejercicio por parte de este último de una acción judicial tendiente a dirimir una controversia laboral (o de su declaración testimonial en contra del empleador), dejando para más adelante el análisis de las consecuencias de tal proceder, resulta insoslayable el estudio de ese acto a la luz del texto de la ley 23.592, es decir, si es posible su subsunción en esa norma.

La ley 23.592 es una ley de penalización de actos discriminatorios. Como toda ley penal demanda una clara descripción de la conducta que pune, y si bien el artículo primero describe una acción que no conlleva sanción represiva, como sí lo hacen los artículos segundo y tercero, resulta imprescindible profundizar el análisis de la acción prohibida en esa primera parte del dispositivo legal.

tendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del Derecho individual del Trabajo, en el marco de un caso claro de despido discriminatorio motivado en las actividades sindicales del actor y para fundamentar la decisión de confirmar la sentencia de origen que ordenó la reinstalación del trabajador. El supuesto que trato en este apartado es, conviene reiterarlo, diferente por tratarse de una denuncia contractual como castigo por la supuesta ofensa proferida al empleador (reclamo en su contra). Lo que quiero decir, en suma, es que no hace diferencia –a fin de decidir la reinstalación del trabajador despedido por motivo discriminatorio– el hecho de que el Convenio N° 158 haya sido o no ratificado, pues otras normas aplicables (internacionales y nacional) avalan esa solución. El despido represalia “puro”, en cambio y salvo el supuesto contemplado en el art. 52 de la ley 23.551, no recibe el mismo tratamiento, quedando incluido dentro de los que reciben como reparación, por regla, la indemnización prevista en el artículo 245 de la LCT.

³⁴ ARESE, César, *La readmisión laboral en el PIDESCA, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo de la CSJN “Álvarez”, en Revista de Derecho Laboral*, N° 2011-1, *Extinción del contrato de trabajo – III*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 33 y ss.

En el inicio del artículo primero de la ley conocida como antidiscriminatoria se individualiza la acción combatida: ella es la de arbitrariamente impedir, obstruir, restringir de algún modo, menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Si el texto normativo terminara allí podría decirse que la solución legal es aplicable a todos los actos lesivos de derechos fundamentales, sin otras precisiones. Sin embargo, no puede deslindarse ese tramo del texto del que le sigue y establece que quien incurra en esa acción “...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...” Por tal razón, según lo veo, no cualquier lesión del ejercicio de derechos y garantías fundamentales da lugar a la aplicación de la ley 23.592, sino sólo aquellas lesiones concretadas o infligidas a través de actos de discriminación, en particular –dispone la norma– de los determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

En el caso de que la que propongo fuera la interpretación correcta³⁵, el despido directo por causa de la acción judicial iniciada por el trabajador en contra de su empleador, aunque lesivo del derecho fundamental de acceso a la justicia a fin de dirimir una controversia relativa al trabajo, no podría ser subsumido en el artículo 1º de la ley 23.592 por no haber sido dispuesto por alguno de los motivos interdictados por la ley a causa de ser discriminatorios (ni por ningún otro de ese tipo, aunque no fueran de los “particularmente” considerados por el legislador).

No pretendo desconocer con esto el hecho de que las causas que determinaron inicialmente la protección antidiscriminatoria han aumentado³⁶ y que las fórmulas normativas permiten incluir otras conductas

³⁵ Así parece desprenderse también de lo expresado en el voto de la mayoría de la CSJN, recaído en la causa “Álvarez c/Cencosud SA” cuando dice: “...es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio...” (consid. 5º, párr. 2º).

³⁶ Ya hice referencia a las que menciona el *Tercer Informe Global con arreglo*

de esa naturaleza; sucede que no encuentro que la condición de demandante o testigo encuadre en el concepto de “condición social” en la medida que con esa noción, entiendo, se alude a la posición que se le reconoce a cualquier persona en el plano social.

Tampoco quiero significar que situaciones como las descriptas no merezcan un tratamiento por parte del ordenamiento jurídico argentino diferente del que, en mi opinión, se les provee en la actualidad al amparo de la normativa vigente y aplicable en nuestro país.

Así es que, de acuerdo, precisamente, con ese conjunto de normas vigentes y aplicables en nuestro territorio, los llamados despidos represalia “puros” (es decir aquéllos respecto de los cuales no se puede predicar, además, su condición de discriminatorios) no generan otra indemnización que la prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, con excepción de los supuestos para los que el propio legislador ha dispuesto una solución diferente. Tal es el caso, por ejemplo, del sistema previsto en la ley 24.013 para la regularización del empleo no registrado, cuando con la finalidad de otorgar una protección reforzada al trabajador que hubiera cursado de modo justificado la intimación prevista en el artículo 11 de la misma norma, la ley dispone que el dependiente despedido sin justa causa dentro de los dos años desde que hubiera remitido la indicada intimación tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le correspondieren como consecuencia del despido (art. 15), presumiendo que la extinción en ese caso se produjo como represalia del empleador a la intimación del empleado. Se trata, en definitiva, de una reparación agravada con fundamento y finalidad orientados a proteger al trabajador contra el despido decidido por el empleador como castigo por la actitud asumida al reclamar la registración de su contrato de trabajo³⁷.

En la misma línea expresé, en oportunidad de comentar la reforma

al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplimiento cit.

³⁷ En nuestro comentario al artículo 66 de la LCT en *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada. Actualización leyes 26.086 y 26.088*, 1ª ed., dir. por Antonio Vázquez Vialard y coord. por Raúl Horacio Ojeda, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 40.

al artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo³⁸, que más allá de la saludable inspiración que orientaba la modificación normativa ella no traería aparejados cambios sustanciales en la dinámica de las relaciones laborales, pues se revelaba incapaz de lograr el efecto esperado por no haber sido complementada con otros medios técnicos auxiliares tendientes a preservar el contrato de trabajo.

En suma, si el despido fuera la reacción frente a una acción legítima del trabajador (v. gr.: acudir a la justicia en procura del reconocimiento de algún derecho emergente de la relación de trabajo o declarar como testigo de la contraparte de su empleador en un proceso) sin que se verifique discriminación alguna vinculada a los motivos interdictados por la ley (ya sea a texto expreso o que pudieran ser incorporados en la medida que a través de ellos se diferenciara peyorativamente a partir de la pertenencia de la persona a un grupo), se está en presencia de un despido represalia para el que el ordenamiento vigente no provee por ahora (salvo excepciones) una solución diferente de la prevista para el despido sin causa. Ello así, reitero, a la luz de la normativa vigente y aplicable y pese a que sería deseable que el ordenamiento positivo argentino contuviera una solución diferente para las extinciones contractuales acaecidas como consecuencia de tan criticable motivación.

2. La ley 23.592 y su aplicabilidad a las relaciones de trabajo

Ya anticipé que la ley 23.592, en mi opinión y, a esta altura del debate, de la mayoría de los autores y magistrados, es aplicable a las relaciones de trabajo. ¿Cómo no serlo sin, paradójicamente, incurrir en discriminación de los trabajadores dependientes por su condición de tales?³⁹ La resistencia que esta ley genera en el ámbito laboral se debe, principalmente, a su aparente incompatibilidad con el sistema de protección contra el despido arbitrario diseñado por el legislador; sin embargo, parece no ser combatida del mismo modo cuando se

³⁸ ALIMENTI, ob. cit. en nota anterior, p. 39.

³⁹ En el mismo sentido, ÁLVAREZ, Eduardo, *Reflexiones acerca del despido por discriminación*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, ps. 29 y ss.

trata de su aplicación a otras cuestiones laborales como la formación profesional, la admisión al empleo⁴⁰ y las condiciones de trabajo.

El derecho a la no discriminación arbitraria es un derecho humano fundamental y, en particular, un derecho fundamental en el trabajo⁴¹; por consiguiente, la ley 23.592, en cuanto reglamenta ese derecho, resulta aplicable a todas las personas que integran el universo de los asalariados⁴² en todas las áreas referidas a las relaciones de trabajo.

Sobre esa base, entiendo que la aplicación de la ley 23.592 al despido discriminatorio no es incompatible con el régimen de protección contra el despido arbitrario por cuanto el sistema de estabilidad relativa impropia que reconoce al empleador la facultad de despedir con la sola obligación de indemnizar al trabajador en caso que lo hiciera sin causa (porque no la invoca o porque no prueba la invocada), no se desdibuja al punto de tornarse irreconocible con ella. Como dije, la no discriminación arbitraria es un derecho fundamental y su vulneración provoca que las normas protejan más intensamente al trabajador que la padece, salvaguarda que, en el caso, se traduce en la reinstalación del dependiente en su empleo como consecuencia de la ineficacia de la rescisión contractual que tuvo por fundamento algún motivo discriminatorio.

Sin embargo, esa opinión no es unánime. Entre otros, Jorge Rodríguez Mancini es quien más sólida y vehementemente ha defendido la tesis según la cual el acto del despido –justificado o no– es un acto jurídico que, según el caso, puede representar un incumplimiento contractual en condiciones de ser calificado como ilícito contractual y que no admite, aun cuando mediara un acto discriminatorio (salvo el supuesto previsto en el artículo 52 de la ley 23.551), su nulidad como consecuencia de su encuadre en el artículo 1º de la ley 23.592⁴³. Ello

⁴⁰ Ver el caso “Freddo” citado en la nota 27.

⁴¹ Ver la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998).

⁴² Como señala Álvarez en la obra más arriba citada, el segundo párrafo del artículo 1º de la ley alude a la discriminación arbitraria por motivo gremial, la que habrá de configurarse, en la mayoría de los casos, en el marco de relaciones de trabajo.

⁴³ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Discriminación en el despido o despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, ps. 129 y ss.

así porque el despido, con justa causa o sin ella, posee eficacia disolutiva debiendo descartarse, en consecuencia, la postulación por la cual aquel que se origina en una discriminación injusta (o en un trato desigual sin justificativo, agrega el autor) pueda representar un supuesto de acto ilícito prohibido y consecuentemente pasible de nulidad.

Según este autor, aunque se considerara que el despido que afecta el derecho a no ser discriminado constituye un acto prohibido, con la consecuencia de tenerlo por nulo (art. 18, Cód. Civ.), de acuerdo con lo previsto por el artículo 1083 del Código Civil, ante la imposibilidad de retrotraer la situación al estado previo al acto prohibido (esto es, el reintegro del trabajador a su posición contractual previa), debido a que, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en la causa “De Luca”⁴⁴, y más recientemente en “Madorrán”⁴⁵, no es legítimo imponer al empleador que mantenga una relación de trabajo con una persona que no acepta, el resarcimiento deberá ser una indemnización dineraria. Ello así, por lo demás, en razón de que la propia Constitución no consiente la estabilidad absoluta para los contratos de trabajo en el ámbito privado, quedando vedado a juicio de Rodríguez Mancini cualquier intento de justificar la imposición del vínculo.

Claro que en la época en que el distinguido profesor publicó el trabajo en el que expresaba la opinión que comento, la Corte nacional no había fallado las causas “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud SA s/Acción de amparo”⁴⁶ ni “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA s/Sumarísimo”⁴⁷, en las que se ocupó de precisar las situaciones que pueden ser alcanzadas por la doctrina de la nulidad de los despidos discriminatorios respecto de trabajadores que no contaban, al momento de la extinción contractual, con la tutela especial prevista en la Ley de Asociaciones Sindicales (se trató del miembro fundador de un sin-

⁴⁴ CSJN, 25-2-69, *Fallos*: 273:87.

⁴⁵ CSJN, 3-5-2007, D. T. 2007-A-557.

⁴⁶ CSJN, 7-12-2010, A.1023.XLIII.

⁴⁷ CSJN, 23-6-2011, A.590.XLIII. En este caso, la Corte declaró admisible el recurso y confirmó la sentencia de origen por los fundamentos expuestos en la causa “Álvarez” (*Fallos*: 33:2306) dada la sustancial analogía con los cuestionamientos debatidos en esa causa.

dicato en el primer caso y de un activista en el segundo). Podría decirse entonces que el análisis del alcance con el que el máximo tribunal del país ha interpretado la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario a la vez que debe necesariamente incluir los precedentes “De Luca” y “Madorrán” (también “Vizzotti”)⁴⁸, citados por el autor para dar fundamento a su respuesta negativa a la aplicación de la ley 23.592, no puede prescindir de los más recientes fallos recaídos en las aludidas causas “Álvarez” y “Arecco” en los que la Corte nacional respondió en sentido afirmativo la cuestión federal consistente en definir si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1° resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional (v. considerando 2°).

3. ¿Qué dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”?

a) El voto de la mayoría

El 7 de diciembre de 2010 la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló la causa del acápite. Por mayoría –integrada por los doctores Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni–, confirmó la sentencia apelada que había hecho lugar a las pretensiones de los actores de ser reinstalados en sus cargos y de una reparación económica, con fundamento en el artículo 1° de la ley 23.592.

En el caso, los accionantes –fundadores, junto a otros trabajadores, del Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio e integrantes de la comisión directiva de la institución– consideraron que el despido sin causa dispuesto por la demandada luego de la intimación que cursaran a fin de percibir las diferencias salariales correspondientes a su categoría y a lo que siguiera un pedido mediante de uno de los gerentes de la empresa para que el presidente de la asociación sindical entregara

⁴⁸ CSJN, 14-9-2004.

una lista de los integrantes de la comisión, resultó, en realidad, un acto discriminatorio motivado en actividades sindicales. Reclamaron, por ello, la reinstalación aludida y una reparación económica.

La Corte conoció sólo en la medida en que el recurso puso en juego la interpretación de normas federales, definiendo la cuestión federal a ser juzgada como la de determinar si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al despido producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1° es compatible con los derechos invocados por la demandada sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional. Quedaron fuera del conocimiento del máximo tribunal las cuestiones relativas a la supuesta violación del principio de congruencia y otra de índole fáctica como lo es si los actores habían percibido las indemnizaciones por despido antes de iniciar la demanda (considerando 2°).

Luego, a partir de reconocer la marcada evolución normativa y jurisprudencial en el tema, se dispuso a precisar el estado en el que se encuentran los derechos humanos involucrados en la especie: de un lado, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación fundados en la dignidad de la persona humana; del otro, la proyección de esos contenidos sobre la ley 23.592 a la vez que sobre la relación laboral y el derecho a trabajar. Para ello, pasó revista a lo largo del considerando 3° de las normas de Derecho Internacional que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional y superior a las leyes para concluir, en el considerando 4°, que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado la máxima consagración y entidad por pertenecer al *jus cogens* (Derecho Internacional general), lo que “resulta, lisa y llanamente, una reacción de la conciencia jurídica universal (*opinio juris communis*), lo cual así como trasciende las fuentes formales del Derecho de Gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciona su interpretación y aplicación” (considerando 7° *in fine*).

De esa condición de *jus cogens* deriva su imperatividad, más allá de su reconocimiento en un determinado tratado internacional, acreando obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y particulares, generando respecto de los primeros la obligación de abstenerse de realizar acciones o crear situaciones de dis-

criminación de jure o de facto así como la de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias en las sociedades. “Luego, pesa sobre el Estado, ‘independientemente de cualquier circunstancia o consideración’ la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”. Destaca, asimismo, el efecto disuasivo que el ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* genera por tratarse de un principio que exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse.

El considerando 5° alude a la ley 23.592, como base legislativa tendiente a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio, lo que conduce, sin duda, a descartar la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del Derecho individual del Trabajo (considerando 6°).

La Corte desestima la inaplicabilidad de la mencionada ley por diferentes razones: a) no existe motivo para ello en el texto de la ley ni en su finalidad; b) la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia; c) la especificidad de la relación laboral puesta de manifiesto en la prestación del trabajador, constituida por actividad humana, inseparable de la persona humana y, por tanto, de su dignidad; d) la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio *pro homine* connatural de los textos internacionales y muy especialmente del PIDESC que determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (todos los anteriores en el considerando 6°); e) no existe incompatibilidad entre la reinstalación del trabajador víctima de despido discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del artículo 14 de la Constitución Nacional (considerando 7°).

Sobre este particular aspecto referido a la compatibilidad entre la reinstalación del trabajador y el derecho invocado por la empleadora demandada, la Corte –por mayoría– destacó: a) la *ratio decidendi* del

precedente “De Luca” se circunscribía a una cuestión diferente como lo es la relativa al artículo 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexos con los salarios o remuneraciones que se examinaban en esa oportunidad; b) en la especie no se pone en cuestión un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección para todo despido arbitrario, como sí se lo hacía en el precedente “De Luca”, sino la reincorporación para el litigio y en el litigio, derivada de un despido discriminatorio; c) el marco normativo constitucional actual –el bloque de constitucionalidad federal– difiere del vigente para la época en que se falló el caso “De Luca”.

En ese esquema señala que la protección del “derecho a trabajar” previsto en el artículo 6.1 del PIDESC al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, si bien no impone la reinstalación tampoco la descarta (en el mismo sentido la Observación General N° 18 del CDESC y la serie de instrumentos internacionales citados en el tercer párrafo del considerando 7°).

Luego, pone su atención en la jurisprudencia de la propia Corte que convalidó la actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador.

El considerando 8° está dedicado al tema de la reinstalación, como uno de los modos posibles de reparación en materia de violación de derechos humanos, y el considerando 9° al aclarar que sólo un entendimiento superficial y desentendido del avance de los principios constitucionales del artículo 14 bis, llevaría a interpretar la “protección contra el despido arbitrario” como una suerte de prohibición absoluta y permanente de toda medida de ese tipo. El artículo 14 bis, como todo precepto que enuncia derechos humanos, debe ser entendido –tanto en su extensión como en su comprensión– como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de otros derechos y garantías inherentes al ser humano (considerando 9°).

Los mismos razonamientos impiden atender la defensa de la demandada que, con fundamento en el precedente “Figuroa c/Loma Negra SA”, propugna que la reinstalación del trabajador conlleva una supresión de las facultades discrecionales del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal, pues, por

más amplias que dichas facultades hipotéticamente fuesen, no podrían dejar de estar limitadas por el respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación (considerando 10).

Concluye la Corte, por mayoría, que nada hay de objetable en la aplicación de la ley 23.592, reglamentaria del principio constitucional contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional cuando la interpretación del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con fecundo y auténtico sentido constitucional.

b) *El voto de la minoría*

La minoría, integrada en este caso por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, disintió parcialmente con el voto de la mayoría.

Sobre la base de considerar que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de modo que los derechos y deberes por ella enumerados queden enfrentados y se destruyan recíprocamente, sino, por el contrario, con respeto de su unidad sistemática, analizó en primer lugar el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual, afirmando que la igualdad “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” (considerando 5°).

Luego, y a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia para los Estados de realizar acciones positivas tendientes a evitarla, debe reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592 como así también el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo. Acciones positivas a las que el Estado argentino se obligó también en virtud del Convenio N° 111 (OIT, 1958), la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) y la Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998).

Abordó seguidamente la libertad de contratar respecto de la cual afirmó que “comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio

que más conviniese a su titular y la de ejecutar actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio” y se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo en el ámbito del contrato de trabajo, aunque tal reglamentación no alcance, salvo casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. La garantía a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, o sea, la libertad de no hacerlo, en tanto aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho y un supuesto del derecho a ejercer toda industria lícita –artículos 19 y 14 de la Constitución Nacional– (considerando 8°).

En ese orden destacó que el Tribunal en otras oportunidades señaló que no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad– a mantener en su puesto a un empleado que no goza de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó con cita de los precedentes “De Luca”, “Figueroa” y “Agnese”, que una vez rota la relación de trabajo a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (considerando 9°).

Con ese marco decidió que los inequívocos términos de la ley 23.592 no permiten exceptuar de sus previsiones al ámbito de las relaciones laborales, pues lo contrario implicaría desconocer la generalidad del alcance y la finalidad de la norma, avocándose luego a definir los alcances del remedio previsto en el artículo 1°, esto es, que se deje sin efecto el acto discriminatorio y se resarzan los daños y perjuicios sufridos.

Centrados los magistrados en el caso del acto discriminatorio en-derezado a dar por terminado el vínculo de trabajo, se puso a consideración si era pertinente ordenar la continuación forzosa del mismo por entender que si bien la legislación tutela el derecho de no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites tendientes a armonizar los derechos de ambas partes. En ese sentido, expresó que la legislación específica protege más intensamente al trabajador en el supuesto del despido discriminatorio “pero no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral” (considerando 14), pudiendo los remedios elegidos asumir la forma de incrementos indemnizatorios o de la cancelación por tiempo

determinado de la posibilidad del despido directo sin causa, fuera del cual el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin causa recupera su vigencia.

Seguidamente precisó los alcances de los distintos grados de estabilidad en el empleo según se trate del ámbito público o privado, señalando para este último la vigencia de la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia del contrato de trabajo, admite su extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Destacó que cuando el legislador decidió sancionar los despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo dispuso de modo expreso y para que tuviera lugar en un plazo determinado.

Ello no sucede, en opinión de los jueces que conformaron la minoría, con la ley 23.592 dado su carácter general y transversal de todas las ramas del Derecho; por consiguiente, las consecuencias jurídicas deben ser consideradas en el contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia vigente en nuestro país. Así las cosas, frente a la ausencia de disposiciones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, cabe acudir, por analogía, a una solución que repare los perjuicios sufridos, considerando como medida adecuada para armonizar los derechos en juego la aplicación de los parámetros previstos en los artículos 177, 178 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Los jueces consideraron que la solución propuesta no es incompatible con la interpretación que del tema se ha hecho en el ámbito del Derecho Internacional, toda vez que la restitución es una de las modalidades posibles de reparación. Sobre esa base entendieron que frente a la negativa del empleador a reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo corresponde reconocerle el derecho a una compensación adicional que, sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1º de la ley 23.592, consistirá en una suma adicional igual a la prevista por la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de despido discriminatorio, esto es, la prevista en el artículo 245 con más un año de remuneraciones según lo establece el artículo 182.

c) *La doctrina del caso “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”*

¿Qué nos deja el fallo de la Corte nacional? Creo, unas cuantas definiciones que traerán, al menos por un tiempo, cierto *quietus*, obligarán a repensar conductas y, por qué no, estrategias de diálogo en el seno de las empresas y, eventualmente, al momento de instrumentar la extinción contractual.

Destaco del fallo en cuestión, como novedosas, las conclusiones que siguen:

- a) La ley 23.592 es aplicable al ámbito de las relaciones de trabajo privadas, en sus diferentes momentos, incluido el de su extinción.
- b) La reinstalación en su puesto de trabajo del empleado despedido por motivo discriminatorio (toda vez que es el modo de “dejar sin efecto” el acto discriminatorio) no es incompatible con el sistema de estabilidad relativa impropia vigente en nuestro país, tampoco con el derecho de propiedad y la libertad de contratar y ejercer toda industria lícita del empleador.
- c) El caso “no pone en la liza” un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación (considerando 7°).
- d) El principio de igualdad y prohibición de discriminación ha ingresado al dominio del *jus cogens*, producto de una reacción de la conciencia jurídica universal, trascendiendo las fuentes formales del Derecho de Gentes, animando los procesos de elaboración de éste y condicionando su interpretación y aplicación.

¿De qué temas no se ocupa la Corte nacional en este fallo?

De temas que por remitir al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de Derecho común y Procesal son ajenas, por principio, a la instancia extraordinaria. Me refiero, entre otras, a las cuestiones relativas a la prueba de la discriminación, pero también a las referidas a las dificultades en orden a la prueba y cuantificación del daño derivado del despido discriminatorio y a la supuesta inmunidad de la

que habrá de gozar el trabajador reinstalado luego de haber sido despedido por motivos discriminatorios. A ellas dedicaré los apartados que siguen.

4. La prueba de la discriminación en ocasión del despido

Es habitual que las normas del llamado Derecho sustancial contengan dispositivos de carácter prevaecientemente instrumental. Ello no debe extrañar cuando es cada vez más aceptada la idea de que lo procesal, considerado como adjetivo, no es un ámbito tajantemente separado del llamado Derecho material o sustantivo⁴⁹. De un lado, el Derecho Procesal es un instrumento realizador del Derecho sustancial y, como tal, reconoce reglas de concreción que vienen dadas a partir de aquél⁵⁰; del otro, el legislador, para asegurar “la operancia de las restantes normas contenidas en un determinado ordenamiento”⁵¹, incorpora reglas de procedimiento a la ley de fondo cuya validez constitucional no podrá ser puesta en tela de juicio en la medida que dicha inclusión –que las torna aplicables en todas las jurisdicciones del país– se encuentre inescindiblemente vinculada con la materia objeto de regulación y sea consecuencia de la necesidad de resguardar el cumplimiento de los propósitos contenidos en la ley de fondo⁵².

Creo no equivocarme si afirmo que en el ámbito de nuestra materia, se acepta con relativa facilidad la no neutralidad de la norma llamada material; mientras que, a la par, se constata una tendencia, no siempre explicitada, a no conferir esa misma particularidad a las normas rituales⁵³.

⁴⁹ APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO JOVER, Jesús, *El juez laboral, imparcial pero no neutral*, en *Revista de Derecho Social*, Nº 4 (1998), p. 53.

⁵⁰ LEDESMA, Ángela Ester, *La prueba en el proceso judicial*, presentado en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en homenaje al profesor Oscar Martínez, *La prueba en el proceso judicial*, 29 y 30 de setiembre de 2006 (inédito).

⁵¹ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I.

⁵² Sobre el tema ver CSJN, *Fallos*: 137:307; 138:154 y 157; 141:254; 162:376, entre otros.

⁵³ APARICIO TOVAR y RENTERO JOVER, ob. cit., p. 54, sostienen que esa

Sin embargo, esa desigualdad que caracteriza al vínculo de trabajo (que el ordenamiento trata, en definitiva, de contrarrestar) se proyecta también en el proceso. Tal lo que acontece, en lo que aquí interesa, en el terreno probatorio “ya que al ejecutarse el contrato de trabajo, de modo general, en la empresa que es la sede del poder patronal y el ámbito de su dominio, el trabajador, a diferencia del sujeto del proceso civil, debe arrancar la prueba de ese ambiente hostil sujeto a la presión del patrono”⁵⁴. Así es que el legislador, haciéndose eco de ese desequilibrio en la capacidad de producir prueba, ha concebido normas que morigeran la situación de desventaja en la que se encuentra el trabajador y procura de ese modo la realización acabada del efecto jurídico buscado por la legislación de fondo.

Con relación al tema que nos convoca, es sabido que durante algunos años la legislación argentina en la materia no estuvo en sintonía con las consideraciones que acabo de expresar, ya que el artículo 11 de la ley 25.013⁵⁵, aplicable a los contratos de trabajo celebrados a partir del 3 de octubre de 1998, a contramano de los desarrollos de la jurisprudencia en el caso del artículo 81 de la LCT, de los contenidos de la normativa general antidiscriminatoria y de sus fundamentos constitucionales, imponía la carga de la prueba a la víctima⁵⁶. Años luego, en lo que ha sido considerado un saludable ejercicio legislativo⁵⁷, la ley 25.877 (2004) derogó expresamente la norma aludida, dando lugar

despareja aceptación es un contrasentido. Allí mismo explican que la no neutralidad de la norma no es exclusiva del Derecho sustantivo, sino que alcanza, como no podía ser menos, a las normas procesales que sirven a la solución de los conflictos generados en las relaciones estructuradas por las primeras. En definitiva, que ni es neutral el proceso ni es neutral la norma procesal que obedece a los mismos valores e intereses que el Derecho sustantivo.

⁵⁴ Conf. SARTHOU, citado por PASCO COSMÓPOLIS, Mario, en *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*, 2ª ed., Aele, Lima, 1997, p. 18.

⁵⁵ En la parte pertinente el artículo textualmente decía: “En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal”.

⁵⁶ ELFFMAN, Mario, *La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 260 y ss.

⁵⁷ PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., *Despido discriminatorio: distribución de las cargas probatorias*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, p. 327.

a un rico debate en torno de la regla tradicional de las cargas probatorias y la teoría de la carga dinámica de la prueba, ventilado no sólo en el terreno doctrinario sino también en el que es su ámbito natural, es decir, el de los procesos judiciales.

En materia de discriminación, como dicen Domínguez y García Vior, la dificultad es mayor. De un lado, el tema se vincula con normas de jerarquía constitucional y supralegal que otorgan una tutela específica contra los actos lesivos de derechos fundamentales; del otro, no se trata de acreditar un hecho sino, más bien, su motivación⁵⁸.

Por otra parte, como afirma Gil Domínguez, es posible distinguir entre discriminaciones expuestas y discriminaciones ocultas. Mientras las primeras surgen expresamente cuando se utiliza alguno de los criterios prohibidos como elemento de distinción, las segundas se encuentran agazapadas en actos u omisiones que invocan determinadas razones –en principio ajenas a los criterios prohibidos– para limitar el ejercicio de derechos fundamentales pero que, en realidad, están utilizando categorías discriminatorias envueltas en la supuesta asepsia técnica del discurso jurídico⁵⁹.

Al mismo tiempo, en el ámbito de la discriminación, pueden diferenciarse los llamados criterios objetivos e inmodificables de los subjetivos y modificables. En el caso de los primeros –la raza, por ejemplo– no se requiere de un primer paso subsuntivo del supuesto de hecho respectivo en el campo del contenido constitucional protegido; en relación con los segundos, como podría ser la opinión política o de cualquier otra índole, se necesita de una operación de subsunción que incluya al supuesto de hecho en la categoría interdictoria⁶⁰.

Ahora bien, en el caso de los despidos discriminatorios el motivo suele ser subyacente ya que el empleador, en la mayoría de los casos, habrá invocado una causal diferente o, en ejercicio de una facultad que le es reconocida por el ordenamiento, habrá puesto fin a la relación sin invocación de causa alguna. Se trata, por lo general, y por lo que

⁵⁸ DOMÍNGUEZ, Juan Manuel y GARCÍA VIOR, Andrea, *La carga de la prueba y la discriminación en el despido*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, p. 350.

⁵⁹ GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit. en nota 2, p. 2.

⁶⁰ GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit. en nota 2, p. 2.

explicáramos antes, de discriminaciones ocultas⁶¹ y por criterios subjetivos y modificables que requieren de la operación de subsunción a la que aludíamos en el párrafo anterior.

A diferencia de la ley 25.013, la 23.592 no establece pauta alguna sobre la prueba de la discriminación. En consecuencia, corresponde acudir a las reglas procesales en materia probatoria; entre ellas, la genérica que contiene el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 375 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires), según la cual quien invoca un hecho controvertido debe probarlo. Como consecuencia de su aplicación sería el trabajador que afirma que ha sido víctima de un despido discriminatorio quien tendría la carga (el imperativo del propio interés) de demostrar tal afirmación.

No requiere esfuerzo representarse la dificultad que enfrentará el empleado para alcanzar éxito en ese emprendimiento: la discriminación no suele explicitarse en el telegrama de despido y, de común, se concreta en el ámbito cerrado de la empresa, donde la supremacía del empleador puede dar lugar al abuso de su posición dominante a través de la obstrucción de la actividad probatoria del trabajador despedido.

De allí la necesidad de revisar la aplicación a rajatabla del principio según el cual al actor le corresponde probar los hechos en los que funda su pretensión jurídica y al demandado los que atañen a sus defensas o excepciones (siempre, obviamente, en la medida que se encuentren controvertidos).

Sobre el tema, Jean-Michel Servais expone que la cuestión depende del sistema de prueba adoptado en cada país (dispositivo o inquisitivo) y su flexibilidad, siendo habitualmente suficiente con probar la discriminación sin que sea necesario probar la existencia de un

⁶¹ PISSACO, Marina, *El despido discriminatorio del activista sindical: ¿quién, qué y cómo probar?*, en L. L. del 6-10-2010, ps. 1 y ss., expresa que la única excepción al respecto la encontró en el caso “Sendoya, Josefina c/Travel Club SA”, sentencia del 9-4-2000, en el que en el telegrama de despido se expresó: “Habiendo concurrido los días 2 y 3 de mayo de 1996, a desarrollar tareas a prueba y sujetas a la aprobación de los exámenes médicos preocupacionales el día 6 de mayo de 1996 se notificó ante el centro médico ‘Alfa’ que no se le otorgaba el alta médica por padecer ‘diabetes juvenil’. Ese mismo día se le comunicó que no podía concretarse su contratación y se puso a disposición por los días trabajados. Por ello intímole se abstenga de fabricar causales inexistentes”.

perjuicio. El reconocido autor explica que las Directivas de la Unión Europea 2000/43, 2000/78 y 2000/54 establecen que la carga de la prueba debe ser compartida entre el trabajador/demandante y el empleador/demandado si el primero establece hechos de los cuales se pueda presumir que ha existido discriminación directa o indirecta basada en las razones que menciona. Queda entonces a juicio del demandado justificar un acto o situación, más específicamente probar que no ha existido violación del principio de trato igual. La Directiva de la Unión Europea 2000/78/CE y la legislación nacional de algunos países (Alemania, Islandia, España) aplican esta regla en otros casos aparte de los de discriminación sexual. A veces la legislación va, incluso, más lejos y enlista los actos o tipos de comportamiento considerados discriminatorios, lo que es equivalente a que el empleador tenga que probar que son legítimos⁶². Por su parte, y aunque como ya dijimos, no ratificado por nuestro país, es útil recordar que el Convenio N° 158 (OIT, 1982) sobre terminación del contrato de trabajo también dispone que la carga de probar que el despido fue injustificado sea revertida o compartida (art. 9°).

En ese esquema se han enrolado la doctrina y jurisprudencia nacionales y mayoritarias al decidir flexibilizar la aplicación de la tradicional regla contenida en el artículo 377 del Código Procesal por aplicación de la que se ha dado a conocer como teoría de la carga dinámica de la prueba⁶³, cuya formulación más conocida puede expresarse en el sentido de que frente a los hechos que no han podido demostrarse acabadamente a lo largo del proceso, las consecuencias desfavorables del remanente dudoso deben ser imputadas por el juez a la parte que, encontrándose en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para esclarecerlos, omitió hacerlo, independientemente de su posición como actor o demandado y de que se trate de hechos constitutivos, impeditivos, modificatorios o extintivos⁶⁴.

Como explica Machado, esta doctrina asume que, de ordinario, las

⁶² SERVAIS, ob. cit. en nota 21 (en prensa).

⁶³ Desarrollada fundamentalmente por Jorge W. Peyrano, v., entre otros títulos del autor, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en L. L. 1991-B-1034.

⁶⁴ PEYRANO, Jorge W., *Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en L. L. 1996-B-1027.

partes no se encuentran en igualdad de posibilidades probatorias, y que ese desequilibrio, aunque no invariablemente, acompaña a las relaciones de poder propias de las relaciones jurídicas sustantivas procurando, por ello, compensar esa asimetría exigiéndole a la parte que tiene un acceso más directo, fácil o económico a determinadas circunstancias que las facilite al juez en el marco del deber de colaboración con la jurisdicción en la obtención de la verdad de los hechos⁶⁵.

Quienes participan de la opinión de que la teoría de la carga de la prueba dinámica debe ser aplicada en los supuestos de despido discriminatorio lo hacen por considerar que es mucho más difícil para el trabajador probar la discriminación que para el empleador demostrar que la extinción contractual no obedeció a un motivo de esa naturaleza.

Reproduciendo en lo sustancial la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional de España a partir de su sentencia 38/1981 y su progenie, se ha resuelto que el *onus probandi* en caso de despidos discriminatorios debe quedar articulado de la siguiente manera:

“El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

”Desde esta perspectiva son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente teóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo

⁶⁵ MACHADO, José Daniel, *La doctrina de la carga probatoria dinámica y su aplicación al proceso laboral*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2007-2, *Procedimiento laboral – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 289.

verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado.

”Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminado toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador”⁶⁶.

En sintonía con ese razonamiento importa recordar aquí el artículo 163, inciso 5º, 2º párrafo del CPCCN (mismo artículo de la ley provincial) que al tratar sobre las presunciones *hominis* o judiciales dispone que “Las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”; es decir, se trata de presunciones en las que los jueces concluyen jurídicamente a partir de la existencia de indicios reales y probados (rastros, vestigios, huellas, circunstancias y en general todo hecho conocido susceptible de conducir, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido).

También adquiere relevancia la pauta de valoración incorporada por la ley 24.432 al artículo 163, inciso 5º que, en su nuevo texto, prescribe: “La conducta observada por las partes durante la sustancia-

⁶⁶ Del voto del Dr. Zas en la causa “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech SA”, sent. del 20-4-2011, de la CNAT, sala V. En el mismo sentido, del mismo magistrado, “Para Vera, Máxima c/San Timoteo s/Acción de amparo”, sentencia definitiva 68.536, del 14-6-2006, de la CNAT, sala V.

ción del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”. Los jueces pueden acudir a esta nueva pauta para formar su convicción, ya que si bien carece de eficacia por sí sola, puede resultar particularmente útil cuando concurre con otros elementos de prueba y presunciones.

Una posición más restrictiva en materia de prueba de la discriminación, aunque no antitética, es la que ha expresado el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, doctor Eduardo Álvarez, en artículos de doctrina⁶⁷ y numerosos dictámenes⁶⁸.

Afirma, sin desconocer la necesidad de flexibilizar la rigidez de las reglas tradicionales de distribución de las cargas probatorias, que en los casos de discriminación existe un matiz que se impone observar, vinculado a la distinción de las consecuencias que emergen de las omisiones de probar, en relación con la relevancia de la antijuridicidad que deja traslucir el reclamo o la pretensión. En su opinión, los derechos fundamentales no permiten desplazar otros derechos fundamentales que hacen a la concepción misma de la inocencia y del derecho de defensa en juicio. En esa línea señala que aquellos casos en los que la imputación, aun sin ser penal, presenta una antijuridicidad intensa (comisión de un acto discriminatorio) rige el “cognoscitivismo procesal”, que viene acompañado del principio de “estricta jurisdiccionalidad”, es decir, de la condición de verificar y refutar toda hipótesis acusatoria de una ilicitud que excede lo meramente patrimonial.

Podría decirse que, en opinión de este autor, las razones que lleven a anular un acto al que se califica como discriminatorio y a ordenar la reinstalación del trabajador requieren la presencia asertiva de elementos precisos de cabal fuerza convictiva.

Presentadas a grandes rasgos las posiciones en materia de prueba de la discriminación, suficientemente difundidas en numerosos dictámenes y resoluciones judiciales como en artículos de doctrina, coincido

⁶⁷ ÁLVAREZ, *Reflexiones acerca del despido por discriminación* cit., p. 33; *La prueba de la discriminación laboral y la epistemología garantista*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-1, *Discriminación y violencia laboral – II*, p. 387.

⁶⁸ Ver, entre otros dictámenes, el 41.918 del 17-3-2006 en autos “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA s/Acción de amparo”.

con quienes afirman que dadas las dificultades existentes a la hora de probar la motivación discriminatoria del despido y la gravedad que supone la violación del derecho fundamental a la no discriminación, resulta acertado aligerar, si no la prueba, la tradicional distribución de su carga entre las partes del proceso. Así, a la luz del artículo 163, inciso 5º, párrafos 2º y 3º del CPCCN, y a falta de otra norma específica⁶⁹, el trabajador accionante deberá acreditar un “umbral mínimo de indicios” que permita inferir la discriminación, provocando el desplazamiento de la carga probatoria al empleador accionado, quien deberá demostrar una causa de despido distinta, ajena a cualquier propósito discriminatorio, aunque no sea una justa causa en los términos del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo⁷⁰.

5. La situación del trabajador despedido por motivo discriminatorio y luego reinstalado en su puesto de trabajo

Preocupa y se discute acerca de la situación del trabajador que por ser víctima de un despido discriminatorio resulta luego, a su pedido y por disposición de una sentencia judicial, reinstalado en su puesto de trabajo. ¿Supone ello la imposibilidad o la restricción del ejercicio de la facultad del empleador de extinguir el contrato de trabajo que lo une al trabajador reincorporado? Ciertamente no en aquellos casos en los que el empleador invoque, y eventualmente acredite, una justa causa de despido ajena, por supuesto, al motivo discriminatorio.

Sin embargo, creo, la situación es diferente en el caso del empleador

⁶⁹ Como sí existen en los nuevos Códigos Procesales de las Provincias de La Pampa y Corrientes que expresamente prevén la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba (en DOMÍNGUEZ y GARCÍA VIOR, ob. cit. en nota 58, p. 357).

⁷⁰ En el mismo sentido, PASTEN DE ISHIHARA, ob. cit. en nota 57, quien expresa que la imposición del *onus probandi* al principal “se traduce en la necesidad de que el empleador acredite la existencia de razones completamente ajenas a la violación de un derecho fundamental o al incumplimiento de las obligaciones de prestación o de conducta, de tal magnitud que configure injuria grave y no permita la prosecución de la relación laboral (art. 242 de la LCT) porque de lo contrario el empresario podría encubrir un despido discriminatorio”.

que pretenda despedir sin causa al trabajador reincorporado. Ello así pues esa facultad que el ordenamiento le reconoce al dador de trabajo muy posiblemente devendrá, en la realidad de los hechos (no así en el plano jurídico), limitada por la anterior acreditación de la pertenencia del trabajador a un colectivo protegido o categoría potencialmente discriminable. Es que si bien la prueba de esa condición se produce en el litigio y para cada litigio, el propio expediente judicial podría constituir un elemento de prueba relevante si fuera ofrecido y requerido a ese fin por el órgano judicial que entiende en el conflicto posterior. Piénsese, además, en los supuestos de las causas permanentes como serían, por ejemplo, los de un trabajador portador de alguna enfermedad crónica o entrado en años. Es probable que al empleador le convenga, en un caso como el que describimos, invocar la causa por la que despide aunque no sea justa (y por ende no lo libere del pago de la indemnización) en la medida que pueda acreditarla, sentando de ese modo las bases de su eventual actividad probatoria tendiente a demostrar un motivo ajeno a cualquier propósito discriminatorio.

En suma, aunque el despido arbitrario o sin causa y el discriminatorio pueden convivir en el ordenamiento tal cual ha sido concebido hasta la actualidad (convivencia jurídica), esa convivencia dista, en supuestos como el que acabo de describir, de ser pacífica (convivencia fáctica). Es que parece ser una consecuencia altamente probable de la reinstalación del trabajador discriminado, la restricción de la facultad patronal de despedirlo sin causa. Y si bien es ése un resultado (el de la restricción del despido sin causa) que *–de lege ferenda–* valoramos en términos de intensidad protectoria, no podemos dejar de señalarlo como no ajustado al sistema de estabilidad relativa impropia vigente en nuestro país. La falta de un límite temporal para esa inmunidad genera reparos de parte de alguna doctrina y jurisprudencia⁷¹ y, debo decir, tales reparos resultan, a mi juicio, si bien no suficientes para

⁷¹ ELÍAS, ob. cit. en nota 5, p. 100; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Estabilidad del empleado público*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2011-1, *Extinción del contrato de trabajo – III*, p. 91 expresa su preocupación por la proyección inimaginable en el tiempo posterior a la reinstalación. Ver el voto en minoría del doctor Pirolo en autos “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, de la CNAT, sala II, sent. del 25-6-2007.

impedir la reinstalación, sí atendibles y determinantes de la prudencia que debe guiar a los magistrados en la tarea de elucidar en cada caso concreto si se ha configurado o no un despido por motivo discriminatorio.

6. La prueba del daño y su reparación

Otro tema que concita la atención es el vinculado con la reparación del daño producido por el acto discriminatorio, en este caso el despido. La ley 23.592 en su artículo 1º textualmente dispone que quien discrimine “...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*”.

Frente a la inexistencia de tarifa dispuesta por la ley⁷², la tarea de justipreciar esos daños es privativa de los jueces.

El texto normativo obliga a plantearse, primero, si es necesario probar el daño o si el mismo debe ser presumido como consecuencia del acto discriminatorio y, luego, cuáles son los alcances de su reparación.

A ese fin, resulta menester diferenciar las situaciones en las que el trabajador, además de la reparación del daño material y moral, solicita y accede a la reinstalación en su puesto de trabajo, de aquéllas en las que sólo requiere una indemnización.

Como es sabido, en el régimen argentino, la pérdida del trabajo causada por la denuncia arbitraria del contrato por parte del empleador genera en cabeza del trabajador el derecho a percibir una indemnización tarifada reparatoria de los perjuicios contractuales producidos por ese despido injustificado.

La tarifación supone soluciones normativas en las que se prescinde de las situaciones individuales singularmente consideradas, asumiéndose la inevitable imperfección que ello implica a cambio de ventajas tales como la seguridad de los derechos, la claridad y la facilidad de

⁷² Como sí la establecía el artículo 11 de la ley 25.013 que preveía una reparación adicional equivalente al 30% sobre la indemnización común sin el tope máximo previsto por el artículo 7º.

realización. En otras palabras, a algunos les corresponderá algo más de lo que podrían esperar, y a otros algo menos, respecto de una determinación particularizada.

Con las tarifas no siempre se busca exclusivamente adecuar el monto al daño efectivo que se presenta en cada situación. Tal lo que sucede, precisamente, con las indemnizaciones por despido y sustitutiva de preaviso en las que la tarifa representa un promedio entre los casos en los que el daño efectivamente existe y aquéllos en los que no existe.

Se trata de indemnizaciones de carácter transaccional pues, por un lado, se reconoce el derecho a la reparación por un monto cuyas bases de determinación están definidas por la ley (tiempo de servicio y salario), con independencia de la prueba e incluso de la existencia del daño (que se presume sin admitir prueba en contrario) y, a cambio de esa certeza, la ley pone un tope máximo a la indemnización por la cual se reparan los daños contractuales derivados de la ruptura sin justa causa por parte del empleador (o por el despido indirecto justificado del trabajador), alejándose así de la reparación integral (para la que el trabajador debería probar no sólo la existencia del daño sino los restantes presupuestos de la responsabilidad civil)⁷³.

El criterio que prevalece en la jurisprudencia laboral es el que considera que la tarifa prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo incluye la reparación de la totalidad de los daños materiales y morales que el trabajador pudiera padecer a consecuencia del despido incausado⁷⁴.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias admiten la procedencia de la reparación del daño moral derivado de una conducta ilegítima cometida por el empleador en ocasión del despido, pero in-

⁷³ ALIMENTI, Jorgelina F., en *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 1ª ed., dir. por Adrián Goldin y coord. por Jorgelina Alimenti, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 164. Es del caso recordar que existen excepciones a la tarifa legal previstas en la propia ley laboral como son, entre otros, los supuestos contemplados en los artículos 24 y 95 de la Ley de Contrato de Trabajo, en los que se remite al Derecho común.

⁷⁴ OJEDA, Raúl Horacio, en *Ley de Contrato de Trabajo comentada y actualizada*, 2ª ed. act., coord. por Raúl Horacio Ojeda, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. III, arts. 196 a 277, ps. 453 y ss.

dependientemente de él, básicamente en el caso de actos ilícitos extracontractuales que resultarían indemnizables con prescindencia de la existencia de la relación de trabajo⁷⁵.

a) *La determinación del daño moral*

Los artículos 522 y 1078 del Código Civil relativos, respectivamente, al daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales y extracontractuales, no contemplan una presunción legal genérica, absoluta o relativa, de la existencia del daño moral. Es cierto, también, que la diferente redacción que contienen esos dispositivos legales ha conducido a una afirmación bastante generalizada en el sentido de que es necesaria una mayor rigurosidad respecto de la prueba del daño moral en el ámbito contractual que en el extracontractual, ya que el artículo 522 dispone que el juez *podrá* condenar al responsable a la reparación de ese daño mientras que el artículo 1078 establece una responsabilidad legal, genérica y abstracta que la comprende.

Sin embargo, corresponde hacer referencia en este punto al artículo 1071 bis del mismo Código que al legislar sobre el derecho a la intimidad dispone: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, *mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, perturbando de cualquier modo su intimidad*, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias...” En este caso, si bien con opinión dividida de la doctrina, para algunos autores la ley consagra una presunción relati-

⁷⁵ KESSELMAN, Sofía Andrea, *La cuantificación del daño moral vinculado al despido: tendencias jurisprudenciales*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2011-1, *Extinción del contrato de trabajo – III*, p. 289; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daño moral en la extinción del contrato de trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo – I*, p. 187, expresa que poner el acento en la naturaleza contractual o extracontractual de la lesión extrapatrimonial que sufre el trabajador le parece que trae más complicaciones que soluciones, que, por el contrario, el daño moral ocasionado con motivo de la extinción de la relación laboral, puede ubicarse “dentro” o “fuera” del contrato y ello dependerá de la forma y modo en que se produzca la acción dañosa.

va: dados los presupuestos establecidos se presume la existencia de un daño extrapatrimonial indemnizable⁷⁶.

No es difícil imaginar supuestos en los que el acto discriminatorio implique una evidente mortificación de las costumbres o sentimientos de la víctima o una perturbación de su intimidad, en cuyo caso podría aplicarse la presunción legal de daño extrapatrimonial (en el sentido de que recae sobre la persona y no sobre su patrimonio, sin perjuicio de que requiera una traducción pecuniaria)⁷⁷.

b) *La cuantificación del daño moral*

No afirmo nada nuevo cuando digo que la estimación dineraria del daño moral provoca, también, numerosas reflexiones; la primera, quizás, es la que gira en torno a cómo se pueden reparar con dinero los padecimientos generados a los derechos personalísimos, al honor y a los sentimientos de la víctima. Allí reside, probablemente, la causa de cierta anarquía indemnizatoria que rige en la materia, ¿cómo medir las afecciones, el dolor, la vergüenza, el miedo?

La función del juez es, a la hora de definir el precio del consuelo⁷⁸, protagónica.

Los repertorios judiciales ponen en evidencia una dispersión notable en las soluciones jurídicas, en las que la medida de la indemnización resulta de una creación artificial del juez, quien, frente a la inexistencia de parámetros comunes, se guía en dicha tarea por su intuición⁷⁹.

En los casos de resarcimiento del daño moral vinculado al despido, se observa un número importante de fallos en los que la valuación aparece como absolutamente discrecional (por su prescindencia de consideraciones relativas a las circunstancias que rodearon el accionar

⁷⁶ ARAZI, Roland, *Prueba del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104.

⁷⁷ SERVAIS, ob. cit. en nota 21 (en prensa), explica que es común en los ordenamientos, y más allá de sus particularidades, que sea suficiente con probar la discriminación sin que sea necesario probar la existencia de un perjuicio.

⁷⁸ IRIBARNE, Héctor Pedro, *La cuantificación del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, p. 197.

⁷⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Cuánto por daño moral*, en L. L. 1998-E-1057.

dañino, las particularidades de la víctima y sobre los precios de los bienes en condiciones de procurar consuelo a esta última o por la referencia meramente dogmática a dichos extremos). De allí que los importes fijados por ese concepto varíen de manera llamativa.

Sin embargo, en la mayoría de los litigios en los que se reclama la reparación del daño moral vinculado a la extinción contractual, se acude a la pauta cualitativa tradicional que contempla la gravedad objetiva y subjetiva del menoscabo, aunque algunos precedentes se muestran partidarios de una “doctrina mixta” del daño moral que reconoce, a la vez, la naturaleza resarcitoria y sancionatoria o punitiva de la reparación (es decir que, además de la entidad objetiva del perjuicio, atienden la subjetividad del autor). Otros jueces han preferido cuantificar la reparación del daño moral en un porcentaje de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo (despido y sustitutiva de preaviso), han adoptado fórmulas forfatorias previstas en esa ley para situaciones especialmente protegidas (despido por causa de matrimonio o de embarazo) e, incluso, han fijado el importe en una suma igual a la correspondiente por indemnización por antigüedad⁸⁰.

Respuestas de similar tenor han recibido los reclamos de reparación de daño moral derivado del despido discriminatorio⁸¹. Es decir, lejos se está de poder identificar algún criterio predominante a la hora de cuantificar esa indemnización.

c) *El daño material*

El daño material, consecuencia del despido discriminatorio, también debe ser reparado si así fuera requerido por el damnificado.

En el caso de que el trabajador despedido reclamase el cese del acto discriminatorio, lo que en el supuesto que estudiamos se traduce inexorablemente en la anulación del despido discriminatorio y la rea-

⁸⁰ KESSELMAN, ob. cit. en nota 75, realiza un minucioso y muy útil relevamiento jurisprudencial al que me remito.

⁸¹ Para una muestra de cuanto ha ocurrido en los casos de despido discriminatorio por motivos gremiales ver CUARTANGO, Gonzalo, *El despido discriminatorio por prácticas sindicales a través de los pronunciamientos judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-1, *Discriminación y violencia laboral – II*, p. 179.

nudación del vínculo laboral, la reparación del daño material equivaldrá, como mínimo, al importe de los salarios caídos durante todo el tiempo en que la relación laboral se vio interrumpida con motivo del despido ilegítimo y hasta el momento de la efectiva reincorporación del trabajador a su empleo. Digo “como mínimo” porque en el ámbito del Derecho común, el trabajador no se encuentra sometido a tope resarcitorio alguno y en la medida que demuestre la existencia de otros daños patrimoniales (imposibilidad de acceso a la obra social, por ejemplo) y los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, podrá acceder a una indemnización que los contemple.

Esa solución no sólo es válida a la luz de lo que dispone el artículo 1° de la ley 23.592, sino también de lo que establecen los artículos 953, 1044, 1050 y 1056 del Código Civil. Es que, tratándose el despido discriminatorio de un acto de objeto prohibido, es un acto nulo, correspondiendo no sólo que las cosas vuelvan al mismo o igual estado en que se hallaban antes de que el juez dispusiera su anulación, sino que sus consecuencias sean reparadas.

Obviamente, si el trabajador despedido hubiese percibido las indemnizaciones derivadas de la extinción de su contrato –luego declarada nula– y hubiera sido reincorporado a su puesto de trabajo, correspondería descontar del importe imputado a la reparación del daño material (equivalente –como mínimo– a todas las remuneraciones netas devengadas durante el lapso que corre desde la cesantía ilegítima hasta el momento de su efectiva reincorporación) las sumas ya percibidas⁸².

7. Reflexiones finales

Aunque se trate de un instituto largamente conocido, el despido discriminatorio ha venido, en los últimos años, a agitar los dominios del sistema de estabilidad en el empleo vigente en nuestro país. Con inusitada energía se han reavivado antiguos debates que lejos de haber sido zanjados en su oportunidad, sólo se aquietaron con el transcurso

⁸² Así lo dispuso, por ejemplo, la CNAT, sala VIII, 30-11-2007, en los autos “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo SA s/Juicio sumarísimo”.

del tiempo y por el desplazamiento que siempre produce la aparición de nuevos temas de discusión.

Por caso, la polémica relativa a si el despido es, en el Derecho nacional, un acto ilícito contractual o una facultad resolutoria reconocida al empleador con la obligación de pagar una indemnización, está todavía vigente. El diferente enfoque y la toma de posición aparecen en numerosos estudios relativos al despido discriminatorio. Lo cierto es que, más allá de la naturaleza jurídica del despido *ad nutum*, el empleador puede, en el sistema argentino, por su propia voluntad, sin necesidad de justificar su decisión o explicitar motivo alguno y sin sometimiento a ningún trámite previo, despedir a cualquier trabajador, y el despido quedará perfeccionado ni bien haya ingresado a la esfera de conocimiento del trabajador y aunque el empleador no hubiera pagado la indemnización correspondiente.

Creo que coincidiremos en que ésa es una descripción bastante ajustada de cómo funciona el sistema en nuestro país, más allá de cualquier disquisición teórica al respecto. El despido discriminatorio es, en ese escenario, una de las excepciones que confirma la regla (en la medida que admite la nulidad del despido y la consecuente reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo a la vez que una indemnización que supera la tarifa). La jurisprudencia mayoritaria parece no encontrar obstáculos para la convivencia del régimen particular correspondiente al despido discriminatorio que deriva de la aplicación de la ley 23.592 y en general para los restantes supuestos de despido sin causa (arbitrario en los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional). La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha pronunciado en ese sentido⁸³. Sin embargo, no pueden ignorarse las meditadas objeciones que esa posición ha generado.

Si bien, como ya dije, se trata de razones atendibles, observo que quienes las esgrimen procuran con ellas anticiparse a lo que consideran, de un lado, un ensanchamiento indebido del concepto de discriminación a través de la ampliación de los supuestos susceptibles de ser encuadrados en él y, del otro, la mutación del régimen de estabilidad relativa impropia en razón de la posibilidad de reinstalar al trabajador despedido

⁸³ CSJN, *in re* “Álvarez”, consid. 7º.

por motivos discriminatorios. Entienden que, en realidad, es esa posibilidad de reanudar la relación de trabajo (además de la de reparar sin límites tarifarios otros perjuicios ocasionados) la causa de que los reclamos, en un alto porcentaje, seguramente se viabilicen en el marco del despido discriminatorio.

Si retomáramos la pregunta que formulamos en el inicio, cual es si puede el despido fundado en una actitud discriminatoria ser la grieta por la que se vacíe de contenido el sistema de estabilidad relativa impropia, contestaría que no lo es.

Sin desconocer que la expansión del despido discriminatorio (no como fenómeno novedoso, sino como categoría jurídica a la que se acude cada vez con más frecuencia por los motivos que acabo de comentar), lejos de detenerse, seguirá su curso dada la evolución del Derecho Internacional en la materia, de los pronunciamientos de los órganos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina autoral, no encuentro que ello genere en tiempos cercanos la caída del régimen general de estabilidad tal cual ha sido concebido por el legislador. Por el contrario, probablemente sea la mayor protección prodigada a este particular supuesto la grieta que, antes que permitir el vaciamiento del régimen vigente, disminuya la presión que las demandas en procura de la eliminación de la figura del despido sin causa y de mayor intensidad protectoria provocan, facilitando su continuidad.

Para finalizar, un pedido de prudencia y precisión a la hora de definir los supuestos de hecho que habrán de ser considerados despidos discriminatorios, para entonces sí aplicar, sin retaceos, las consecuencias previstas en la ley 23.592 (nulidad del despido, reparación integral del daño y reinstalación del trabajador).

Septiembre de 2011

EL ACTO DISCRIMINATORIO BAJO LA FORMA DE DESPIDO

por EDUARDO ÁLVAREZ

SUMARIO: 1. Introducción y precisiones terminológicas. La aplicación y los alcances de la ley 23.592. 2. El ordenamiento supranacional, el “*ius cogens* internacional” en materia de discriminación y la trascendencia de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 3. Los temores. 4. La prueba de la discriminación y los principios garantistas. Somero análisis crítico de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 15 de noviembre de 2011, en autos “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”. a) Introducción. Estricta jurisdiccionalidad y cognoscitivismo procesal. b) El pronunciamiento del alto tribunal, a la luz de la doctrina reseñada.

1. Introducción y precisiones terminológicas. La aplicación y los alcances de la ley 23.592

En varias oportunidades he advertido que uno de los fenómenos singulares en la evolución del Derecho del Trabajo, que produce asombro y perplejidad, es el cuestionamiento a la aplicación lisa y llana de las normas del denominado “Derecho común”, como si nuestra disciplina fuera un sector del ordenamiento amurallado, de difícil acceso, y en el cual toda traslación de pautas ajenas debería atravesar por arduos juicios de compatibilidad, esbozados sin demasiado rigor científico¹. Al comienzo de la década de los ochenta, por ejemplo, se

¹ Ver, de mi autoría, *El artículo 54 de la ley 19.550, la responsabilidad solidaria de los socios y un debate inexplicable*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2001-1, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 251.

vivió una polémica intensa acerca de la procedencia de la indemnización por daño moral, tanto en el marco del contrato de trabajo, como en las vicisitudes de su extinción, y fueron numerosos los artículos y monografías que intentaron avalar algo que, visto a la distancia, resulta obvio para cualquier persona iniciada en el Derecho: que los trabajadores, como todos los habitantes, tienen también un ámbito espiritual y moral que, si es agredido o lesionado por una conducta ilícita del empleador, genera derecho al resarcimiento. Algo similar ocurrió con la aplicación del artículo 54 de la ley 19.550 y nos preguntábamos, entonces, por qué razón jurídica la ilicitud laboral estaría excluida de la solidaridad prevista por esta norma, vale decir, por qué la figura societaria sería inoponible, cuando existen conductas violatorias del ordenamiento legal, sólo a aquellos que no estuvieran vinculados por un contrato de trabajo. Recuerdo estas polémicas porque, en alguna medida, son cíclicas en lo esencial, más allá de las diferencias temáticas puntuales, y las vivimos en estos días en lo que concierne a los alcances de la ley 23.592 y a la conjura de los actos discriminatorios. Frente a la amplitud de su artículo primero, no existiría espacio alguno, a mi modo de ver, para sostener que la disposición no rige en el contrato de trabajo y que el acto discriminatorio sería eficaz cuando asume la forma del despido.

El debate parece subsistir aun después de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2010 en autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, sentara la doctrina de la aplicabilidad de la ley 23.592 y de la posibilidad de invalidar el despido, en los términos de su artículo 1º, no sólo por la ajustada mayoría que dio sustento al fallo, sino por su potencial proyección y por los fundamentos que concurren, vinculados a la operatividad fuerte de las normas supranacionales y a la libertad de contratar, mencionada –a mi juicio de manera equívoca– tanto por la minoría como por los que consideran que subyace en el conflicto y que corresponde su limitación adecuada.

Creo que es un error afirmar que el tema que nos reúne se vincula con el régimen de estabilidad en su acepción más amplia y considero que la confusión se debe, en alguna medida, a la generalización de la expresión “despido discriminatorio”, que parecería resaltar la disolu-

ción del contrato, cuando, en realidad, lo esencial es la intención discriminatoria. El empleador, en estos supuestos, no quiere “despedir”, no quiere ejercer el pacto comisorio implícito en todo contrato, lo que quiere es discriminar y para lograr esta finalidad elige como forma el despido. Por lo tanto, propongo el esfuerzo de prescindir del término “despido discriminatorio”, pese a la inercia jurisprudencial y doctrinaria, y reemplazarlo por la expresión “acto discriminatorio bajo la forma del despido”. El despido sería, pues, el instrumento de la discriminación, el arma seleccionada para segregar, apartar, dañar al diferente, ya sea por su raza, religión, nacionalidad, ideología, orientación sexual, condición social y caracteres físicos o por opinión política o gremial. Destaco, aun a riesgo de ser reiterativo, que el empleador, en estas hipótesis excepcionales y de intensa antijuridicidad, no tiene la voluntad de “descontratar” sino de discriminar y, en verdad, la potestad de rescindir es lo que elige para lograr su real intención en el *iter* causal del daño. Por lo tanto, son vanas e inútiles todas las disquisiciones en torno al sistema de estabilidad previsto por los artículos 242, 245 y concordantes de la LCT y los temores a un eventual terremoto, consagratorio de islas de tutela absoluta, así como las reflexiones referidas a los polémicos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictados el 25 de febrero de 1969, en autos “De Luca, José y otro c/Banco Francés del Río de la Plata” (*Fallos*: 273:87); el 4 de septiembre de 1984, en autos “Figuerola, Oscar Félix c/Loma Negra Cía. SA” (*Fallos*: 306:1208) y “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas” (*Fallos*: 330:1989)².

Esta conceptualización que propongo incluye al acto discriminatorio en la clasificación tradicional de ilicitud típica del Derecho Civil y torna aplicable lo que la doctrina francesa llamó, en su evolución científica, la “tesis de la apariencia”, creada para incorporar a la responsabilidad aquiliana aquellos casos en los cuales, sólo para dañar y con

² Ver, para las consideraciones generales y el análisis crítico de la citada jurisprudencia, mi artículo *Algunas precisiones en torno al concepto de estabilidad propia*, en *Derecho del Trabajo* 1985-A-469 y ss.; DE LA FUENTE, Horacio, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Zavallía, Buenos Aires, 1976 y, en especial, LÓPEZ, Justo, *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, en *Legislación del Trabajo*, t. XXVI, ps. 385 y ss.

esa intención exclusiva, se ejercitaba un derecho que, en verdad, era la “cáscara” de una conducta llevada a cabo con el fin de lesionar a otro de una manera que quede impune, o al menos sin generar obligación resarcitoria. La jurisprudencia francesa empieza a advertir que el ejercicio del derecho invocado es aparente y que sólo se trata de un arma para vulnerar el *alterum nom laedere* y se dispone a revisar, al menos en sus alcances dogmáticos, el principio admitido de que una potestad concedida por el ordenamiento no puede conllevar ilicitud³. Estas argumentaciones remiten al análisis de los móviles de los actos privados sobre los cuales insistió Louis Josserand⁴ y se afirma una tendencia, hoy no discutida, de responsabilizar a las personas que ejercen un derecho pero lo reducen al carácter de “medio instrumental” para perjudicar a un tercero, con una eficacia que implique dificultar toda respuesta posible del ordenamiento jurídico.

En este esquema, la resolución del contrato de trabajo con una finalidad discriminatoria no implicaría el ejercicio del derecho a rescindir la vinculación, sino la mera apariencia de éste para lograr una antijuridicidad sin reacciones intensas, y por eso insisto en que el tema que nos reúne no significa una reformulación del ordenamiento de protección contra el despido sin causa ni atenta contra la estabilidad relativa impropia, para utilizar la clasificación de Horacio De la Fuente y evitar la crítica terminológica que éste desliza a la jurisprudencia del alto tribunal⁵.

El reproche del ordenamiento a la discriminación arbitraria no es

³ Esta doctrina, novedosa en su momento, confluye, luego, en la denominada con alguna imprecisión *Teoría del abuso del derecho*, que fue incorporada en nuestro ordenamiento positivo por la ley 17.711, en la reforma al art. 1071 del Código Civil, cuyo texto dispone que “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Al respecto, es interesante para comprender la evolución de la responsabilidad la lectura de *L’abus de Droit* de Louis Josserand y de sus apuntes acerca de los móviles en el Derecho Privado.

⁴ Ver ob. cit. en nota 3.

⁵ Ver su artículo *La Suprema Corte y el despido discriminatorio*, en L. L. del 28-4-2011.

nuevo en el Derecho argentino y bastaría recordar la doctrina elaborada en torno al artículo 16 de la Constitución Nacional, la acentuación del principio de igualdad en nuestra disciplina ante lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Ley Fundamental y las disposiciones de los artículos 17 y 81 de la LCT, sin soslayar la efímera vigencia del artículo 11 de la ley 25.013. Asimismo, frente a la modificación introducida en la reforma constitucional de 1994 en el artículo 75, inciso 22, cobran operatividad los tratados internacionales, citados hasta el hartazgo, para enfatizar interpretaciones análogas al “Derecho interno”, como forma elíptica de ratificación en la conciencia jurídica universal⁶.

Ahora bien, la ley 23.592 dio un paso específico y expreso acerca de las consecuencias que traería aparejado el acto discriminatorio, y el artículo 1º dispone, en su primer párrafo, más allá del juicio que pudiera suscitar su redacción: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

Como se advierte, la disposición legal prevé la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable que estaría equiparado, como lo hemos señalado en otra oportunidad, al acto jurídico de objeto prohibido al que alude el artículo 953 del Código Civil, y que si responde al ejercicio de un derecho o de una facultad sería asimilable, incluso,

⁶ Al respecto, es ilustrativo el segundo párrafo del considerando 3º de la sentencia dictada por la CSJN el 7-12-2010 en el ya citado expediente “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA” y, en particular, la mención de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, y el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza (*Fallos*: 327:4607).

a la figura del abuso que incorpora la reforma de la ley 17.711⁷ o la tesis de la apariencia, ya reseñada.

La norma transcripta, de carácter enfático, no presenta ningún elemento que permita interpretar, con fundamento razonable, que no está llamada a regir cuando el acto discriminatorio es el despido, y no creo que sea admisible interpretar una ley antidiscriminatoria contrariando su finalidad ostensible y “discriminando” (valga la reiteración) a un grupo de habitantes por el solo hecho de ser trabajadores.

El segundo párrafo del artículo de marras incluye expresamente como acto discriminatorio el motivado por razones gremiales, y esta conducta, generalmente, se configura en el marco de la relación laboral, ya que no es demasiado imaginable otro ámbito en el cual “lo gremial” genere una represalia⁸.

El término lingüístico “quien”, como ente obligado a dejar sin efecto el acto discriminatorio a pedido de la víctima, es lo suficientemente omnicompreensivo en el idioma de Cervantes como para incluir a los empleadores, y la expresión “damnificado” no es incompatible, lamentablemente, con el concepto de trabajador.

En consecuencia, no resulta ni racional ni admisible sostener que cualquier acto discriminatorio puede ser dejado sin efecto, salvo que asuma la forma de un despido y su víctima sea un dependiente. Esta conclusión que, reitero, resulta contraria a la teleología de la ley 23.592 y un tanto bizarra, requeriría un muy sólido respaldo científico y normativo que no creo que exista y que, de configurarse, merecería un serio reproche de constitucionalidad.

⁷ Ver Fiscalía General ante la CNAT, dictamen 25.980 del 12-11-98, en autos “Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino c/Automóvil Club Argentino s/Acción de amparo”, y dictamen 37.426 del 12-2-2004, en autos “Failde, Carlos Alberto c/Telefónica de Argentina SA s/Juicio sumarísimo”; íd., dictamen 46.617, en autos “Mora, Francisco c/Finexcor SA s/Amparo”, y nuestra monografía *Reflexiones acerca del despido por discriminación*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 29.

⁸ El párrafo de referencia establece: “...A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

En síntesis, no es concebible un subsistema en el marco de las disposiciones antidiscriminatorias que excluya a los trabajadores y que implicaría crear un único sector de la realidad en el cual el acto discriminatorio tendría eficacia: el ámbito del despido motivado por las conductas a las que alude, sin carácter taxativo, el segundo párrafo del artículo primero de la ley 23.592.

Como muy bien lo destacó el juez Sergio García Ramírez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia que funcionarían como santuarios de infracciones”⁹, en especial si se tiene en cuenta la innegable debilidad contractual del dependiente.

Sobre este último aspecto, resalto que en el *Informe del Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina*, elaborado por el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, que tuvo el honor de integrar, designado por la resolución 502/2007 del Ministerio de Trabajo de la Nación, se señaló, sobre la base de elementos estadísticos objetivos, que la mayoría de las denuncias o los reclamos concernientes a las conductas discriminatorias tienen por marco las relaciones de trabajo, lo que es imaginable si se tiene en cuenta que tales proceder es antijurídicos requieren situaciones de diferente poder¹⁰.

No discrimina “quien quiere”, sino “quien puede” y desconocer esta circunstancia, en alguna medida metajurídica, implica una preocupante distancia con la realidad. Los sujetos que, por su situación sociológica, están en condiciones de “autotutelarse” no son, por lo

⁹ Ver *Condición jurídica y derecho de migrantes*, párr. 20, y las citas del considerando 6º.

¹⁰ En el informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, ya citado, se sostuvo que “no puede soslayarse el bloque de constitucionalidad integrado por múltiples normas internacionales ratificadas por nuestro país y los propios convenios de la OIT que exigen que la tutela que se brinde al sujeto pasivo de conductas discriminatorias, cuando se trata de un trabajador dependiente, no resulte inferior al estándar de derechos y garantías del que debe gozar la totalidad de los habitantes del país. Adicionalmente, debe complementarse el dato de la realidad de que las relaciones sociales del trabajo se establecen también como relaciones de poder que facilitan tanto la discriminación en sentido amplio como sus formas específicas, que atañen a la relativamente reciente categoría del acoso laboral o psicológico (*mobbing*) y a la clásica del acoso sexual en el trabajo”.

general, víctimas de la discriminación y ésa es la causa de que la mayoría de las denuncias en los organismos de control estén referidas a las relaciones de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación parece advertirlo, en el considerando 6º, cuando, al exponer las tres razones que la llevan a descartar de plano, “sin hesitación”, la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592, alude a la “especificidad” que distingue la relación laboral de las otras vinculaciones jurídicas y que justifica una intensa protección singular. Aun sin una exposición expresa, es evidente que se tiene una clarísima conciencia de que desplazar la norma del ámbito del contrato de trabajo y su extinción, significaría un importante vacío de contenido y la generación de una suerte de “coto de discriminación”, o de un “santuario de transgresión e impunidad”, para usar la metáfora ya aludida del juez García Ramírez.

En el contexto descripto, no es posible hallar alguna justificación sólida para interpretar que la ley 23.592 no rige cuando el acto discriminatorio asume la forma del despido, como lo afirma el alto tribunal, con una dureza que está lejos de ser habitual en su redacción.

Dos son las argumentaciones que se han expuesto para llegar a esa conclusión que, tanto a nuestro modo de ver como desde la perspectiva de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es errónea sin fisuras de opinabilidad. La primera hace a la relación entre la “norma general” y la “norma especial”, y la segunda, que tiene algún punto de contacto con la anterior, está referida a una supuesta incompatibilidad entre el régimen que regula la ineficacia del acto o su validez, con el sistema de protección contra el despido arbitrario previsto por la Ley de Contrato de Trabajo¹¹.

Horacio De la Fuente, por ejemplo, hace confluir ambas líneas argumentales, al afirmar, con énfasis, la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales, pero objetando su operatividad en las hipótesis del despido, ya que, en su tesis, de accederse a la pretensión de nulidad y reinstalación se estaría consagrando un régimen de estabilidad propia

¹¹ Ver RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La discriminación y el contrato de trabajo*, en L. L. 2006-E-134, y *Más sobre el despido discriminatorio*, en L. L. 2008-A-36 y ss., al comentar la sentencia dictada por la sala II el 25-6-2007, en autos “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud SA”, que luego fuera confirmada por el alto tribunal.

que "...se opone frontalmente con el sistema de estabilidad impropia que la ley especial ha previsto para todos los trabajadores"¹².

Como observación crítica preliminar, aclaro que nunca he creído, al menos desde una manera tan dogmática, en la existencia platónica de la categoría de "norma general" por oposición a la "norma especial", y menos aún en la posibilidad de calificar como tal a una ley, con prescindencia del análisis de su contenido, en cuanto en éste pueden confluir disposiciones particulares con otras de espectro más amplio. Una norma no debería ser declarada "general" de una manera "apriorística" y menos aún cuando hace alusiones a hipótesis sólo concebibles en el ámbito de la relación de trabajo. Digo esto porque el segundo párrafo del artículo 1º de la ley 23.592, como lo apuntara más arriba, se refiere en términos concretos y específicos al supuesto de discriminación arbitraria por motivos *gremiales*, lo que sólo podría acontecer en el universo de las vinculaciones laborales.

Más allá de este reparo, al haber sido derogado el artículo 11 de la ley 25.013¹³, no nos encontraríamos ya ante un potencial conflicto de concurrencia normativa¹⁴ y aun partiendo de aquella tesis no compartida, regirían las disposiciones del denominado Derecho común, en particular cuando están lejos de vulnerar los principios de protección y más bien los intensifican¹⁵.

¹² *El despido discriminatorio*, en D. T. de julio de 2010, ps. 1690 y ss., y *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit.

¹³ Recuerdo que su texto establecía: "Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, *nacionalidad*, sexo, *orientación sexual*, religión, ideología, *u opinión política o gremial* [términos en cursiva vetados por decreto 1111/98, art. 1º].

"En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7º de esta ley se incrementará en un 30% y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo".

¹⁴ Al respecto, el art. 11 de la ley 25.013 fue criticado en la inteligencia de que implicaba para los trabajadores una solución de menor beneficio que la consagrada por la ley 23.592 para todos los habitantes y su derogación produjo alusiones a ese debate (ver, entre otros, MAZA, Miguel, *El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, t. 2004-A, LexisNexis, Buenos Aires, ps. 128 y ss.).

¹⁵ Ver LÓPEZ, Justo, *Incidencia del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*, L. XXX-193; DE LA FUENTE, Horacio, *Posibilidad de modificar el Derecho Civil*

No se discute, ni en la doctrina, ni en el ámbito de la OIT, que la igualdad y la “no discriminación” sean derechos conexos y fundamentales, menos aún después del pronunciamiento del alto tribunal y, como ya lo he señalado, no es posible encontrar elemento alguno para sostener que una disposición legal que priva de efectos a todos los actos discriminatorios no sea aplicable a la extinción del contrato de trabajo; cuando la norma, como ya vimos, hace una alusión a un “hecho laboral” al mencionar los motivos gremiales, es protectora y tiene por teleología la desactivación de una antijuridicidad aberrante que tiene lugar, en la mayoría de los casos, en el ámbito de la relación de dependencia y por víctima al “débil negocial”.

La segunda argumentación, que está referida a una alegada colisión entre la ineficacia del acto y el régimen de protección contra el despido arbitrario previsto por la Ley de Contrato de Trabajo, tampoco puede ser compartida y, en mi opinión, repito, es la consecuencia del error de hablar de “despido discriminatorio” y perder de vista que, en verdad, sólo se trata de una forma instrumental elegida para discriminar.

En efecto, sostener que el acto discriminatorio que asume la forma del despido carece de eficacia extintiva no significa generalizar un sistema en el cual la resolución sin causa del contrato no encuadre en el régimen de la “validez e ilicitud”. Solamente significa afirmar que la potestad de rescindir es “inútil o vacía”, como diría Justo López citando a Ferri¹⁶, cuando en realidad sólo está motivada –bajo la mera apariencia de una facultad– por la antijuridicidad aberrante de la discriminación. El empleador conserva la idoneidad de rescindir, a riesgo de indemnizar, cuando su iniciativa se basa, o en la ausencia cabal de una motivación o en una posible injuria, susceptible de ser evaluada en los términos del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo¹⁷.

para adaptarlo a los derechos especiales, en D. T. 1995-A-1, y FERNÁNDEZ MADRID, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., t. I, ps. 549 y ss.

¹⁶ Ver *Despido arbitrario y estabilidad*, en L. T. XXI-289 y ss. Y nuestra monografía *Algunas precisiones en torno al concepto de estabilidad propia* cit., ps. 474 y ss.

¹⁷ Ver, nuestra monografía *Reflexiones acerca del despido por discriminación* cit., p. 32.

El sistema de “estabilidad relativa impropia” o de “eficacia e ilicitud” no debe ser entendido como consagratorio de una “patente de corso” para discriminar pagando una tarifa, aunque sea un precio relativamente elevado en la interpretación de la minoría de la Corte y sus discutibles analogías y destaco una vez más, que la ley 23.592 ha invalidado todos los actos discriminatorios posibles e imaginables en el mundo del Derecho y, realmente y con sinceridad, más allá del juicio que podría suscitar la ley, no es posible sostener que no incluye la “forma” despido cuando ésta es el arma elegida para segregar.

La interpretación descripta está muy lejos de colisionar con la impugnación a la constitucionalidad del régimen de estabilidad absoluta en el sector privado, a la que se aferra Jorge Rodríguez Mancini, no sólo por la revisión implícita de la doctrina del caso “De Luca” que materializa el considerando 7º, de la sentencia “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud”¹⁸, sino porque nadie niega que el empleador “pueda” despedir y eventualmente abonar la indemnización. *Lo único que no se le permite es la antijuridicidad de discriminar al débil, con eficacia, recurriendo al despido como forma instrumental.* En síntesis, la norma que nos reúne ha privilegiado razonablemente el derecho a no ser discriminado por sobre una invocada y sólo aparente disponibilidad del contrato¹⁹.

¹⁸ Al respecto, DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., expresa que otra consecuencia importante del fallo “...es el abandono de la doctrina sentada por la Corte a partir del caso ‘De Luca’, de modo que ahora se deben considerar constitucionales los regímenes de estabilidad propia (permanente o temporalmente limitada) que consagren las leyes o convenios colectivos en beneficio de los trabajadores privados”.

¹⁹ Éste ha sido el criterio de la CNAT con anterioridad a la sentencia recaída en el ya mencionado caso “Álvarez c/Cencosud”. Ver, al respecto, entre muchos otros, dictamen 37.426 del 12-2-2004, en autos “Failde, Carlos Alberto c/Telefónica de Argentina SA s/Juicio Sumarísimo” de la sala V (sent. def. 66.890 del 17-2-2004); dictamen 45.799 del 11-3-2006, en autos “Pellicori c/Colegio Público de Abogados de Capital Federal” compartido por la sala III (sent. def. 89.572 del 28-3-2008); dictamen 41.918 del 17-3-2006, en autos “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA s/Acción de Amparo” de la sala V (sent. def. 68.536 del 14-6-2006); dictamen 44.043 del 15-5-2007, en autos “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud SA” que fuera compartido por la sala II (sent. def. 95.075 del 25-6-2007); dictamen 46.260 del 23-5-2008, en

Como vemos, la solidez de las argumentaciones críticas se disipan si se tiene en claro que lo trascendente es la calificación del acto como “discriminatorio” en los términos de la ley 23.592, y creo advertir que sobre este concepto también existe cierta confusión, que es conveniente aclarar y que influye en la interpretación de la norma y de las consecuencias que se atribuyen a una conducta cuya ilicitud no puede perderse de vista.

Considero inconveniente el concepto de discriminación que expone Ricardo Guibourg al emitir el voto en disidencia, en autos “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina”²⁰ y, en mi opinión, lejos de despejar una dificultad lingüística, contribuye a que se pierda noción de la tipicidad del acto y, en alguna medida, de su gravedad. Discriminar no es ni para la ley, ni para el lenguaje vulgar, “...distinguir, diferenciar, situar objetos o personas en clases diferentes...” como dice. No discrimina quien llega a la conclusión de que un alumno merece un cuatro y otro un aplazo, ni quien distingue un triángulo equilátero de un isósceles, como sostiene Guibourg, siempre seducido por los laberintos de la razón. Discriminar, tanto para el ordenamiento jurídico como para el hombre de la calle, es una actitud peyorativa y lesiva que consiste, más allá de las formulaciones de la norma y su ejem-

autos “Álvarez, Mario Jorge c/Instituto Argentino de Diagnóstico y Tratamiento SA s/Juicio sumarísimo” que fuera compartido por la sala I (sent. def. 85.283 del 24-9-2008); dictamen 47.944 del 18-3-2009, en autos “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de Nación Argentina” que fuera compartido por la sala III (sent. def. 91.189 del 29-7-2009, voto en disidencia del Dr. Guibourg); dictamen 48.067 del 13-4-2009, en autos “Micello, Vanina c/Estado Nacional, Ministerio de Economía y Producción, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos Indec s/Acción de amparo” de la sala VIII (sent. def. 36.317 del 30-6-2009); dictamen 49.633 del 18-12-2009, en autos “Risso, Carlos Fernando c/Fate SA s/Juicio sumarísimo” de la sala I (sent. def. 85.873 del 26-4-2010, voto del Dr. Vilela, posibilidad de convertir la condena de reincorporar en el pago de una indemnización); dictamen 49.804 del 15-2-2010, en autos “Rivero, Mariano Gabriel c/Fate SA s/Acción de amparo”, en el que se efectúan consideraciones en torno a la improcedencia de la conversión de la condena de reinstalación en el pago de una indemnización y que fuera compartido por la sala IX (sent. def. 16.149 del 29-3-2010); dictamen 49.882 del 25-2-2009, en autos “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/Juicio sumarísimo” de la sala X (sent. def. 17.310 del 22-3-2010, voto del Dr. Corach posibilidad de convertir la condena); etc.

²⁰ Sentencia 91.189 del 29-7-2009, expte. 28.108/2007, del registro de la sala III de la CNAT.

plificación, en segregar a un hombre por aquello que le viene dado o que cree o elige en ejercicio de un derecho. Discriminar es agredir, en sentido amplio, a un hombre por lo que es, o piensa. “Destratarlo por intolerancia” como diría Voltaire. Elegir o preferir, o clasificar, no es discriminar y este último verbo suena siempre como reprochable y aberrante en todos los oídos humanos.

Sostener que discriminar es una categoría voluntaria del elegir hace que vaciemos el concepto de contenido y que perdamos de vista que integra una tipicidad dolosa, intencional, constitutiva de un “delito civil”, en el marco de la responsabilidad aquiliana, más allá de sus consecuencias contractuales, cuando tiene lugar en un negocio jurídico, o de sus implicancias penales. No existe la “discriminación culposa”, es siempre una conducta intencional destinada a producir un efecto segregante y dañoso.

Banalizar el concepto de discriminación hace que mezclemos indebidamente el tema del acto discriminatorio bajo la forma del despido con la libertad de contratar. Nadie niega que exista la libertad de contratar y que ésta implica la posibilidad de rescindir. Pero no es posible utilizar esta garantía constitucional para encubrir la discriminación y otorgarle eficacia. No debería mutarse en “libertad de discriminar”. Si se tiene en claro que la figura es dolosa se ha de concluir que el empleador no quiso despedir sino discriminar y de allí las intensidades probatorias a las que haremos referencia más adelante. Por lo expresado, me parece poco feliz recordar el párrafo del caso “De Luca” que desliza el principio de la dificultad de la readmisión del trabajador y de las facetas humanas de la confianza. Un empleador puede invocar la decepción que le produjo un trabajador o el haberle perdido confianza. Pero no puede perderle confianza o decepcionarse porque descubrió, luego de una investigación, que tenía origen judío, y extendiendo mi crítica, obviamente, a los considerandos 8° y 9° del voto de la minoría en la sentencia “Álvarez, Máximo y otros c/Cencosud SA”²¹.

²¹ El primer párrafo del considerando 8° expresa: “Que, por otro lado, la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y –en principio– comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio”. Por su parte, en el con-

No soslayo que la reinstalación imperativa puede generar inquietudes, que son un poco hijas del pensamiento común y no iniciado, que parte de una presumible conflictividad latente y cotidiana y que enfatiza el concepto de lo voluntario y lo libre, pero mayor inquietud debería suscitar la discriminación que logra su eficacia y lo cierto es que los mismos reparos y perplejidades se dan en toda acción de cumplimiento forzoso de un contrato.

Es interesante recordar que estos pruritos no se han dado en países como Estados Unidos, de tradición aún más liberal e individualista que la nuestra, y su jurisprudencia ha privilegiado la reposición por sobre otros paliativos cuando se configura un proceder discriminatorio y se ha auspiciado el retorno a la situación "...que se hubiese ocupado en ausencia de dicha conducta..."²²

2. El ordenamiento supranacional, el “*ius cogens* internacional” en materia de discriminación y la trascendencia de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como se habrá advertido, he prescindido de fatigar con enumeraciones de normas internacionales y no porque desconozca lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y su incidencia en la pirámide jurídica, ni niegue la relevancia de frutos globales que responden, como diría Oscar Ermida Uriarte, a la positiva conciencia jurídica universal. Simplemente creo que debe recurrirse a este ordenamiento global cuando se produce una desconexión con lo previsto en el Derecho interno o una transgresión de sus garantías imperativas (ya sea por omisión o por previsión disímil) y no en aquellos supuestos en los cuales el conflicto puede ser resuelto de

siderando 9º se afirma: “Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad– a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de *Fallos*: 273:87, ‘De Luca’; 306:1208, ‘Figueroa’, y 321:3081, ‘Agnese’).”

²² 433-US277, 280-1977, “Milliken vs. Bradley”.

una manera clara por la aplicación de las leyes nacionales vigentes. Por ejemplo, frente a un reclamo de retribuciones por “horas extras” me parece más apropiado fundar su admisibilidad en la ley 11.544 y en el artículo 201 de la LCT que en la Convención N° 1 de Washington, más allá de la admiración de la historia que ésta me suscita en su contexto histórico. Desde esta perspectiva y ante una disposición tan diáfana y terminante como la ley 23.592, me pareció que no era necesario hacer descender a normas de jerarquía tan superior que, repito, sólo serían invocables para desactivar disposiciones inferiores que se le oponen.

Pero lo cierto es que la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia “Álvarez, Máximo y otros c/Cencosur SA”, nos es asimilable a la de otros precedentes del alto tribunal en los que ratificara la preeminencia del Derecho supranacional, y está muy lejos de ser pasible de la observación efectuada. Digo esto porque, en materia de discriminación, la Corte introduce el concepto de “*ius cogens* internacional” que priva a los Estados nacionales de la disponibilidad de legislar y que consagra una operatividad intensísima que no deja, a su paso, posibilidad alguna de apartarse de lo establecido en el marco global.

En efecto, el segundo párrafo del considerando 4º, del voto de la mayoría dice que “...el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *ius cogens*, ‘puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico’. Así, por su carácter ‘imperativo’, rige en el ‘Derecho Internacional general’, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a ‘nivel internacional o en su ordenamiento interno’, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de *cualesquiera de sus poderes*, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia”.

Esta afirmación implica sostener que el Poder Legislativo de los Estados tiene limitada su soberanía de contenido en materia de discriminación: rige una suerte de “orden público” internacional que sustrae el contenido de toda norma posible y la reemplaza por lo esta-

blecido en la disposición global. El alto tribunal, incluso, alude a la obligatoriedad *erga omnes* de las previsiones sobre la igualdad y no discriminación y extiende la operatividad automática e intensa a “todos los poderes del Estado y a los particulares”.

La Corte sostiene, asimismo, que la conceptualización como *ius cogens* conlleva no sólo un mandato de abstención, sino que va mucho más allá y exige la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias, lo que redundaría en una carga de “hacer”, que da justificación sólida a la reincorporación del trabajador, que ve extinguida su relación laboral por un acto antijurídico como el que se describe.

Este mandato del Derecho supranacional impone, también, un contenido a los magistrados, en el momento de resolver los conflictos y el primer párrafo del considerando 5° es ilustrativo y terminante cuando expresa: “Que de lo expuesto precedentemente se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, ‘de lo cual es un ejemplo la ley 23.592’ y, también, el ‘de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales’ (*Partido Nuevo Triunfo*, “Fallos”: 332:433, 439). Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación, advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ‘si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias’ (Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes –párrafo 1° del artículo 2° del Pacto–*, HRI/GEN/1/Rev. 9 –vol. I–, párr. 3°)”.

El alto tribunal alude, incluso, a la eventual responsabilidad que le podría caber al Estado argentino de no conjurar con eficacia las conductas discriminatorias y parte de la premisa de que sólo podría sostenerse que nuestro país ha acatado el diseño internacional si se interpreta que corresponde dejar sin efecto el acto o cesar en su realización. La Corte se anticipa a críticas hipotéticas ante la solución que se propicia y aclara que la reincorporación es una “reacción legal proporcionada a tamaña agresión [...] pues el acto discriminatorio ofen-

de nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona...”²³

Como se dice con énfasis en el considerando 8º, la reinstalación es el remedio más apto y el que “guarda coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados por el despido”. Es muy interesante la cita de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, al interpretar el artículo 6º de la Directiva 76/207/CEE, del 9 de febrero de 1976, exigió el dictado de medidas apropiadas para restablecer la igualdad que ha sido vulnerada y apuntó, en lo que hace al despido motivado por discriminación, a que el trabajador debía recuperar su puesto de labor como forma de garantizar el principio y disuadir a los empresarios en lo sucesivo²⁴.

A esta altura cabe hacer una advertencia frente a autores que buscan y encuentran, tanto en pronunciamientos de los órganos de aplicación de la OIT, como en normas internacionales, la admisión de respuestas jurídicas indemnizatorias. En estos supuestos se soslaya que la primera reacción esencial es la reinstalación y que sólo se tolera su mutación por una reparación pecuniaria cuando ésta es solicitada e instada por la víctima. Pero es inadmisibles, desde todo punto de vista, que el pago de una suma de dinero sea una alternativa de decisión del discriminador, o sea del autor de la gravísima anti-juridicidad²⁵. Por esta razón la Corte recuerda que “...el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos, aun cuando no pueda ser de-

²³ Ver segundo párrafo del considerando 5º.

²⁴ Asunto C-271/91, “M. H. Marshall c/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority”, sent. del 2-8-93, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia*, 1993-8, ps. 4407/4408, párrs. 24/25.

²⁵ También en el Derecho Civil, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor cuenta con varias posibilidades: la rescisión del contrato, su ejecución forzosa o la reparación integral de los daños y perjuicios, y a nadie se le ocurriría sostener que el que opta es el incumplidor o que éste impone una determinada solución, como ser pagar y no admitir el cumplimiento forzado.

sechado...”²⁶ y se deja traslucir, obviamente, que ésta sería una postestad del damnificado.

La sentencia abunda, a su vez, en fundamentos propios del Derecho del Trabajo y en la protección constitucional que emerge del artículo 14 bis, pero la conclusión esencial podría resumirse en estos cuatro puntos trascendentes y decisivos: 1) las normas supranacionales sobre igualdad y no discriminación constituyen *ius cogens* para los Estados nacionales que carecen de disponibilidad legislativa en esa materia y no pueden ejercer su soberanía parlamentaria para apartarse de su operatividad, que impone privar de efectos al acto discriminatorio y reposición al estado anterior; 2) el orden público internacional en materia de igualdad y no discriminación obliga a todos los poderes del Estado –incluido el Judicial, se entiende–, y genera responsabilidad internacional de los países, frente al incumplimiento de las normas que exigen conductas positivas de hacer y no sólo mandatos de abstención; 3) la respuesta de las normas internacionales es la reposición al estado anterior, o sea, en materia de extinción de la relación laboral, la reincorporación al puesto de trabajo, y 4) la indemnización sólo es tolerada cuando materializa una opción de la víctima, vale decir, cuando es elegida por ésta.

La tesis enunciada por el alto tribunal proyecta sus consecuencias sobre distintos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico y, al menos, cabe una primera conclusión, sin duda terminante: si la interpretación correcta de la ley 23.592 fuera la que auspicia un sector de la doctrina y jurisprudencia, o sea, si sus alcances implicaran la eficacia del acto discriminatorio bajo la forma del despido, la norma vulneraría la pirámide jurídica, al apartarse de lo dispuesto por el ordenamiento supranacional obligatorio (*ius cogens*), integrativo de la Constitución Nacional y debería ser declarada inválida por los órganos jurisdiccionales.

Pero tal vez lo más relevante es lo que concierne a las distintas disposiciones legales específicas existentes, que reaccionan ante supuestos puntuales de discriminación y cabría preguntarse acerca de la

²⁶ SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55.

vigencia de las indemnizaciones “agravadas” previstas por los artículos 178 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, relativas a los despidos por maternidad o matrimonio.

Digo esto porque, aun soslayando la circunstancia de que la ley 23.592 es posterior a la ley 20.744 y podría conllevar una elíptica derogación de aquello que se le opone, lo cierto es que no sería admisible sostener que el acto discriminatorio que asume la forma del despido tiene eficacia para rescindir el vínculo cuando la discriminación se debe al embarazo o a la modificación del estado civil, como si pudieran existir ámbitos en los cuales la discriminación pudiera ser efectiva. Pero no es menos verdad, como vimos, que la tesis del alto tribunal y de los órganos de aplicación de las normas supranacionales admiten que la víctima opte por obtener una reparación plena y por no “volver” al lugar donde se la discriminó, ya que el sistema, en su racionalidad, es imperativo para el agente dañoso y no para el dañado. Es imaginable, entonces, que la interpretación jurisprudencial juzgue procedente también la reinstalación de una trabajadora despedida por su maternidad cuando ésta lo solicita con sustento en la ley 23.592 y que sólo pueda sostenerse la legitimidad constitucional de la indemnización agravada cuando sea elegida por la víctima.

3. Los temores

Como lo he señalado en alguna otra oportunidad²⁷, creo que lo que ha tornado áspero y tan debatible el tema singular del acto discriminatorio bajo la forma del despido, han sido algunos miedos: 1º) los posibles abusos de la figura, que podrían llevar a que se alegrara en todo despido una velada intención como la descrita en la norma para obtener la reincorporación; 2º) las vicisitudes de la prueba y de la distribución de su carga, a la que aludiremos más adelante, y 3º) el “día después” de la reinstalación, entendido como la existencia, dicho en lenguaje vulgar, de un “aura” que protegería al trabajador que fue

²⁷ Ver nuestra monografía ya citada *Reflexiones acerca del despido por discriminación*, p. 33.

discriminado en alguna oportunidad y que cubriría con un “manto de prejuicio” toda iniciativa debatible de su empleador²⁸.

Pero estos temores son metajurídicos y ajenos a la discusión teórica y no deben confundirnos. Los jueces se encargarán de elucidar cuándo se está en presencia o no de una discriminación arbitraria cabal²⁹. El tema de la prueba es meramente adjetivo y no cabría proyectarlo sobre lo sustantivo. Por último, el Derecho no debería hacerse cargo, en la interpretación de sus alcances, de las hipotéticas consecuencias que debe vivir en el futuro el empleador al que un magistrado lo juzgó “discriminador” y lo obligó a reinstalar a un trabajador damnificado.

No hay que dramatizar. En la legislación francesa los despidos por causas discriminatorias son considerados nulos y, por lo tanto, dan lugar a la reinstalación en su puesto de trabajo (L.122-45 del Código de Trabajo)³⁰ y, París, ese faro de civilización y belleza, aún no ha caído.

4. La prueba de la discriminación y los principios garantistas. Somero análisis crítico de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 15 de noviembre de 2011, en autos “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”

A la ardua polémica en torno de las consecuencias del acto dis-

²⁸ Este temor es el que describe Jorge Rodríguez Mancini cuando afirma que “...no se necesita demasiada argumentación o imaginación para reconocer que si el empleador, haciendo uso de la reconocida facultad de despedir sin causa que admite la LCT, la ejerciera pretendiendo disolver el vínculo con el pago de la indemnización legal, surgiría la objeción de parte del trabajador invocando la descalificación de ese despido que tendría la presunción a su favor de haber sido dispuesto discriminándolo por causa del antecedente de su discriminación anterior. Y en tal caso, ¿qué juez negaría la nulidad y la nueva reincorporación con base en el antecedente ‘Álvarez’?” Ver, al respecto, 2, 3 a 4 “Álvarez vs. *consecuencialismo*”.

²⁹ Ver, al respecto, la sentencia de la CSJN del 7-12-2010, en autos “Pellejero, María Mabel s/Amparo s/Apelación”, que constituye la mejor evidencia de que los tribunales no responden con automatismos facilistas y son sutiles al momento de evaluar la configuración del acto discriminatorio y la procedencia de la reinstalación.

³⁰ Ver el análisis que efectúa RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La discriminación en la legislación francesa. Enfoque comparativo en materia laboral*, en L. L. del 14-7-2008.

criminatorio cuando asume la forma del despido se unió un debate, no menos intenso, acerca de la acreditación de la conducta a la que alude el artículo 1º de la ley 23.592, o sea quién prueba, qué debe probar y cómo debe probarlo³¹.

He participado, desde la Fiscalía General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de una posición que requiere la presencia asertiva de elementos precisos de cabal fuerza convictiva³² para desactivar el acto discriminatorio y ordenar la reinstalación del trabajador y considero necesario esbozar una fundamentación científica, desde el punto de vista del Derecho Procesal, porque he advertido que el tema que nos reúne, como ya lo he señalado en otra oportunidad, ha sido influido, quizá en demasía, por las aristas adjetivas concernientes a la dinámica del trámite y a las perplejidades que se originan³³.

a) *Introducción. Estricta jurisdiccionalidad y cognoscitivismos procesal*

Tengo la esperanza de que el lector me dispense por la utilización de expresiones algo barrocas y no de fácil pronunciación, pedido de disculpas que debería hacerse extensivo a Luigi Ferrajoli³⁴, quien las ha utilizado, con claridad latina, al elaborar lo que podríamos denominar una “Teoría general del garantismo”.

En primer lugar, creo necesario destacar que los jueces, desde Roma a nuestros días, sólo recurren al *onus probandi* y a los reproches emergentes de la carga de la prueba cuando en el expediente no existen elementos que permitan inferir la configuración del hecho controvertido.

El que lee una sentencia debería saber, tal vez, que cuando un

³¹ Ver, nuestra monografía, *La prueba de la discriminación laboral y la epistemología garantista*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-1, *Discriminación y violencia laboral – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 387 y ss.

³² Ver dictámenes citados en nota 2 y, en especial, dictamen 41.918 del 17-3-2006, en autos “Parra, Vera Máxima c/San Timoteo SA s/Acción de Amparo”, del registro de la sala V.

³³ Ver monografía citada en nota 1.

³⁴ Ver *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, ps. 36 y ss.

magistrado alude a la carga de la prueba, ya sea en su concepción clásica o dinámica, efectúa una línea argumental que presupone la ineficacia puntual del proceso para conocer, en sentido vulgar, lo que realmente ocurrió.

Desde este punto de vista, que nunca ha sido expresado de una manera terminante y con sencillez por los juristas avocados al Derecho Procesal, se ha creado una regla para la resolución de los conflictos, que permite conciliar el mandato del órgano jurisdiccional de decidir las controversias que se le someten, con los límites materiales y temporales del proceso mismo. Puede decirse, entonces, que el juez está legitimado para sostener que una pretensión debe ser rechazada cuando el que alegó una situación fáctica generadora de un reclamo no acreditó los hechos en que fundó su demanda.

Este principio se enfrenta con sus propios límites en aquellos casos en los cuales las circunstancias fácticas que invoca el pretensor, por su estructura, en relación con el marco normativo aplicable, son de difícil o ardua reconstrucción en el ámbito de un proceso.

Sobre la base de esta falencia³⁵ los jueces elaboraron, a lo largo de los años y con lucidez, distintos tipos de respuestas, motivadas por razones axiológicas, cuya expresión más cabal es la concepción de la carga dinámica de la prueba, con la intención de evitar aquello que aparecería como más aberrante frente a los justiciables y que reside en una suerte de inadmisibles renuncia conciente a la verdad³⁶.

El alto tribunal ha resumido, de una manera impecable, la flexibilización de la rigidez con que el tradicional Derecho Procesal distribuía dogmáticamente el *onus probandi* y ha sostenido que cuando existen situaciones complejas, que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de la “carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida”, que hace recaer en quien se halla

³⁵ Ver al respecto la reseña de la tradición elaborada en torno de las “pruebas diabólicas” en MERCADER, Amilcar, *El proceso y sus límites*, en *Revista Jurídica de La Plata*, 1941.

³⁶ Al respecto es recomendable la lectura atenta de la sentencia dictada por la CSJN, en autos “Coladillo, Domingo c/Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, *Fallos*: 238:550.

en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo³⁷.

En concreto y en materia de discriminación, con anterioridad a la vigencia de la ley 23.592, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un conflicto nacido de una diferencia de tratamiento salarial, distribuyó las cargas probatorias haciendo recaer sobre la empresa la acreditación de las motivaciones que la habrían llevado a generar una situación de desigualdad³⁸.

Ahora bien, existe un matiz que no ha sido, a mi modesto modo de ver, señalado con suficiente énfasis en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba y me refiero a una distinción de las consecuencias que emergen de las omisiones de probar en relación con la relevancia de la antijuridicidad que deja traslucir el reclamo o la pretensión.

Hago esta afirmación porque la teoría del *onus probandi* y su superación en la “carga dinámica de la prueba” ha sido pensada y elaborada a la luz de los códigos procesales civiles y comerciales y de las normas adjetivas *que conciernen en líneas generales a controversias patrimoniales* y no está llamada a regir para aquellos casos en los cuales la ilicitud podría proyectarse sobre derechos fundamentales y disposiciones que bordean la conceptualización de antijuridicidades intensas.

La distinción de la carga de la prueba en función de la trascendencia de la vulneración del derecho que se invoca, salvando las distancias, es precisamente la que justifica las distintas tipologías del proceso que rigen al derecho patrimonial y al Derecho Penal, en lo que hace al acceso a la jurisdicción y su respuesta, y no sería concebible, salvo por excepción, el desplazamiento de la carga de la prueba en facetas que hacen al concepto genérico de inocencia³⁹.

³⁷ Ver Fallos: 324:2689 que la jurisprudencia de la Cámara ha citado en autos “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo SA s/Juicio sumarísimo”; ver, asimismo, las consideraciones vertidas en *La carga de la prueba y la discriminación en el despido*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, por Juan Manuel Domínguez y Andrea García Vior.

³⁸ Me refiero, obviamente, al conocido *laede case* “Fernández, Estrella c/Sanatorio Güemes”.

³⁹ Ver FERRAJOLI, ob. cit., ps. 117 y ss.

Digo esto porque en aquellos supuestos especiales en los cuales la imputación que da sustento al reclamo implica una transgresión de pautas que lindan con la tipicidad de un derecho especial tutelar o represivo de lo aberrante rige el *principio de verificación*, que impide distribuir la carga de la prueba, para lograr en el órgano jurisdiccional la persuasión de la inocencia o la acreditación de culpabilidad genérica.

En síntesis, lo que podríamos denominar una *epistemología garantista* en Derecho adjetivo, lleva a diferenciar la distribución de la carga de la prueba en función de la antijuridicidad de la imputación, desde un punto de vista científico y más allá de las específicas regulaciones normativas.

En aras de resumir lo expuesto en un ejemplo, podríamos sostener que sería viable afirmar la existencia de un crédito ante la ausencia de prueba de su pago, pero no sería tolerable, desde el punto de vista de las garantías constitucionales, concluir que una persona es “una discriminadora” ante la ausencia de prueba que así lo demuestre y por la sola omisión de no haber acreditado alguna circunstancia periférica persuasiva de su inocencia.

En aquellas hipótesis en las cuales la imputación, aun sin ser penal, presenta una antijuridicidad intensa rige el ya mencionado “cognoscitivismo procesal”, requisito que a su vez viene acompañado por aquello que se ha denominado el principio de “estricta jurisdiccionalidad”, que tiene por condición la verificabilidad y la refutabilidad de toda hipótesis acusatoria de una ilicitud que excede lo patrimonial contractual⁴⁰.

En este marco, sólo podría afirmarse la presencia de una actitud discriminatoria susceptible de traer aparejada la respuesta de la ley 23.592 cuando el órgano jurisdiccional en un proceso de cognición llega a la conclusión de su existencia en el ámbito de un proceso pleno, donde el acto reprochable aparezca verificado en prueba empírica, susceptible de ser refutada por el sujeto pasivo de la imputación, ya que los derechos fundamentales no permiten desplazar otros derechos fundamentales que hacen a la concepción misma de la inocencia y del derecho de defensa en juicio.

⁴⁰ Ver FERRAJOLI, ob. cit., p. 36.

El Derecho Procesal moderno, basado en la ya reseñada tendencia, diferencia el tratamiento de la omisión de la prueba en función de la intensidad de la imputación, y esta faceta, que es la que ha motivado mi postura, no ha sido debidamente ponderada al analizar el tema puntual que nos reúne ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Creo necesario poner de resalto de una manera muy particular que lo expuesto no significa prescindir de los criterios emanados de los órganos internacionales, ni desconocer que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo al interpretar el Convenio N° 111 sobre Discriminación, que fue ratificado por nuestro país, hizo alusión a casos puntuales en los cuales no habría que mantener una posición dogmática que hace recaer la carga de la prueba en quien lo alega. Pero lo cierto es que la referida Comisión se refirió, en general, a lo que se ha denominado una “actividad probatoria mínima” y su juicio parece haberse referido a lo que podría conceptualizarse un ejercicio eficaz de la sana crítica⁴¹.

No soslayo, asimismo, la tendencia de consagrar en algunas disposiciones adjetivas reglamentaciones particulares en aquellos casos en los cuales se discute la existencia o no de la discriminación y como ejemplo bastaría evocar el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral española, cuando dispuso que en aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora impliquen la existencia de un indicio de tratamiento diferenciado incumbirá al demandado la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁴².

Pero esto no significa sostener que puede existir una imputación de discriminación sin verificación y cabría entender que se trata de infundirle un marcado dinamismo al manejo procesal de la averiguación cabal de la verdad objetiva.

En síntesis y como pautas básicas para el análisis del tema que nos reúne y para no caer en simplificaciones, habría que afirmar la

⁴¹ Ver Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Estudio general de 1988 sobre igualdad en el empleo y la ocupación*.

⁴² Ver las consideraciones de la doctora Gabriela Vázquez en la sentencia 34.673 del 30-11-2007, en autos “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo SA s/Juicio sumarísimo”.

existencia de una epistemología garantista que afirme los principios de cognoscitividad jurisdiccional, verificabilidad y estricta jurisdiccionalidad en aquellos casos en los cuales se trata de elucidar si existió o no una conducta de discriminación que, como es sabido, repugna a la conciencia jurídica universal volcada en los tratados internacionales, sin que el principio reseñado signifique desconocer el rol participativo del juez y su libertad en lo que hace a la interpretación de las conductas omisivas o positivas de las partes, sino, simplemente, sostener que determinadas antijuridicidades no pueden ser resueltas con sustento en la dogmática invocación de falencias en el *onus probandi* y en su distribución sea cual fuere el criterio al respecto.

b) *El pronunciamiento del alto tribunal,
a la luz de la doctrina reseñada*

Una primera lectura de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 15 de noviembre de 2011 en los autos “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”, ya mencionada, podría llevar a sostener que el alto tribunal ha sentado una posición de amplitud en la distribución del *onus probandi* y que, en coherencia con su tesis tradicional, sentada a partir de *Fallos*: 324:2689, imponía, acreditada una diferencia peyorativa por el reclamante, la carga de la prueba de las circunstancias que hubieran privado de ilegitimidad a la conducta reprochada.

Cabe señalar que la sentencia de referencia ha optado por una línea argumental de sustento que se basa, en lo esencial, en citas dogmáticas de normas internacionales y de opiniones de órganos supranacionales y en descripciones del Derecho Comparado, a las que luego, en el último párrafo del considerando 12, relativiza en su trascendencia. Por ende, la decisión ha sido estructurada en el marco de lo que podríamos llamar “remisiones de autoridad”, sin una decantación, que permita deducir la razón científica que justifique la interpretación jurídica que subyace. Por lo tanto no es posible un debate cabal y sólo creemos, con respeto, que el hecho de que un órgano internacional efectúe una manifestación determinada en un caso concreto no significa que deba ser trasladada como una “verdad revelada”, sin una evaluación científica crítica. En la antigua Roma existía una institución que se deno-

minaba *ius publicæ respondendi* y que consistía en que un grupo de juristas del pasado remoto, con obra jurídica sólida, emitida en litigios fenecidos, tenían el poder de evacuar consultas con fuerza vinculante y se consideraba fundamento suficiente que un pretor afirmara “Es así, porque lo dijo Paulo en un caso similar”. El Iluminismo, la Revolución Francesa y la codificación trajeron como consecuencia la legitimación racional y científica de las soluciones, y fue Porthalis el que describió, como paradigma de la apariencia, la institución romana descrita, basada en la invocación dogmática a los autores, más allá de su admitida erudición. Hago esta evocación nostálgica ante el temor de que los alcances del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional deriven en una suerte de “*ius publicæ respondendi* internacional”, que prescinda de matices.

Lo cierto es que si se despoja la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las fatigantes citas, se pueden deducir dos conclusiones relevantes. La primera se refiere a la “reducción del grado de convicción” que se exige en la afirmación judicial acerca de la existencia de la conducta discriminatoria, y la segunda hace a la “no eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio el acto” y, por ende, a la no inversión del *onus probandi*.

Sobre estos aspectos, cabe resaltar, en lo que hace a la convicción, que la tesis del fallo desautoriza parcialmente nuestra posición, pero no es menos verdad que se trata de un ámbito subjetivo del que juzga, con inducciones muchas veces intransferibles y que se subsumen en la “sana crítica” de la prueba aportada. Pero esto no implica prescindir de aquello que denominamos “principio de verificación”. Si no hay prueba alguna de antijuridicidad, no puede haber respuesta jurisdiccional de reproche y en esta razón científica se basa el alto tribunal para aclarar enfáticamente que no se invierte la carga⁴³.

⁴³ Es muy útil al respecto la lectura del último párrafo del considerando 11 que dice: “Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al Derecho Comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno a la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que éstos

Pero si se lee con detenimiento y se sopesan las “palabras” se advierte que la Corte no exige sólo, por parte del reclamante, la prueba de un trato diferente para imponerle luego a la contraparte la acreditación de aquello que, con objetividad, puede legitimar o, al menos, permitir que se comprenda su conducta. Lo que se requiere es también acreditar que la distinción tiene, aunque sea verosímilmente, un “motivo discriminatorio”, para utilizar la expresión del segundo párrafo del considerando 5°. El reclamante, según la Corte y su remisión a la resolución del Comité contra la Discriminación Racial, debe probar prima facie que ha sido víctima de discriminación (sic). Para imponerle a la contraparte acreditar causas que justifiquen su proceder, debe existir una persuasión inicial de antijuridicidad y en esto el Tribunal no parece apartarse demasiado de lo que nosotros denominamos cognoscitivismo procesal. No basta, entonces, probar un tratamiento diferente, como se ha interpretado, para trasladar al accionado la prueba de los motivos de esa diferencia. Esta última exigencia sólo cobra operatividad cuando a la distinción se le agregan indicios o “humo de discriminación”. El matiz descripto, que sólo se infiere luego de un análisis profundo de la sentencia, es el que nos permite sostener que, auspiciosamente, la Corte Suprema no se ha apartado del principio de estricta jurisdiccionalidad, que presupone la corroboración judicial de la ilicitud, aunque se pueda llegar a ésta por omisiones que generen convicción.

han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandando le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado”.

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

por HÉCTOR C. GUIADO

SUMARIO: 1. Clasificación y protección del derecho a la igualdad de trato. 2. La ley 23.592 y su aplicación en materia laboral. 3. Fórmulas de protección contra el despido sin causa justificada. 4. La estabilidad del trabajador privado en el Derecho argentino. 5. La estabilidad en los convenios internacionales. 5.1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). 5.2. El Convenio N° 158 de la OIT. 5.3. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). 6. La estabilidad propia de los trabajadores privados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 7. La discriminación en el despido. 7.1. Concepto de discriminación. 7.2. Reconocimiento de indemnizaciones extratratarias. 7.3. Reinstalación en el empleo. 7.4. El fallo “Álvarez c/Cencosud”. 7.5. La carga de la prueba del motivo discriminatorio. 8. Conclusiones.

1. Clasificación y protección del derecho a la igualdad de trato

En general, se tiende a identificar como *derechos fundamentales* a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayoría de los casos *en su normativa constitucional*, y que suelen gozar de una *protección reforzada*¹.

Con especial referencia al ámbito laboral, la doctrina acostumbra clasificar a estos derechos fundamentales en *específicos* (reconocidos a todos los sujetos del Derecho del Trabajo) e *inespecíficos* (reconocidos a todos los hombres)². Como señala Rodríguez Mancini, estos

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 46.

² RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 40 y 41; CONFALONIERI (h), Juan Ángel, en RODRÍGUEZ MANCINI, J. (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 529 y sus citas.

últimos *no desaparecen por la circunstancia de incorporarse el trabajador a una relación laboral*, aunque debe considerarse la eventual “modulación” de esos derechos, en razón del necesario equilibrio que debe respetarse en función del ejercicio por el empleador de sus respectivos derechos fundamentales³.

A su vez, dentro de los derechos fundamentales inespecíficos puede distinguirse entre los *laboralizados*, es decir aquellos que han sido convertidos por el legislador en derechos propios del trabajador, y los *no laboralizados*, que operan simplemente por ser reconocidos a todos los habitantes, y no se los puede desconocer por la existencia de un contrato de trabajo, sin perjuicio de la referida “modulación”⁴.

El de igualdad se presenta como un derecho *inespecífico y específico a la vez*⁵, pues las normas de jerarquía superior lo garantizan no sólo de manera general (para todas las personas), sino también de manera particular (para todos los trabajadores).

En efecto, el derecho a la igualdad aparece reconocido *para todas las personas* en la Constitución Nacional. Ya desde su redacción originaria, ella consagró explícitamente este derecho en su artículo 16, al disponer que todos los habitantes “son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad” y que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”⁶. Pero la reforma de 1994 fue particularmente fecunda en cuanto al desarrollo y la protección de este derecho. En efecto, mediante el nuevo artículo 43 incluyó como objeto de la acción de amparo a “cualquier forma de discriminación”. Asimismo, agregó a las facultades del Congreso, la de “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación [...] que aseguren [...] la igualdad de oportunidades y posibilidades sin

³ RODRÍGUEZ MANCINI, *Derechos fundamentales y relaciones laborales* cit., p. 41.

⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, *Derechos fundamentales y relaciones laborales* cit., p. 41.

⁵ CONFALONIERI (h), en ob. cit., p. 533.

⁶ Confalonieri observa que el derecho a la igualdad también aparece *implícitamente* reconocido en disposiciones referentes a otros derechos, pues expresiones tales como “todos los habitantes” (arts. 14 y 41), “ningún habitante” (arts. 17 y 18), “todos los ciudadanos” (art. 36) o “toda persona” (art. 43) reflejan un trato igual de las personas en lo referente al reconocimiento de sus derechos fundamentales (en ob. cit., p. 530).

discriminación alguna”, y la de “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...” (art. 75, incs. 10 y 23). Además, la reforma asignó “jerarquía constitucional” a diversos tratados y convenciones de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución), muchos de los cuales contienen disposiciones que reconocen explícitamente el derecho a la igualdad: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1º, 2º y 7º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1º y 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2º y 3º); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3º y 26); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en especial, art. 5º); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (especialmente, art. 15), y la Convención sobre los Derechos del Niño (en particular, art. 2º)⁷.

También reconocen el derecho a la igualdad *a todas las personas* otros importantes cuerpos normativos, como el Protocolo de San Salvador (de rango suprallegal) y la ley 23.592, sobre los cuales volveremos más adelante.

Pero, como anticipamos, existen disposiciones particulares (en algunos de los textos antes mencionados, o en otros) que reconocen el derecho de igualdad específicamente *a las personas que trabajan*.

Así, en la Constitución Nacional, este derecho *de los trabajadores* aparece reconocido de manera implícita en las “condiciones dignas de labor” a la que refiere el artículo 14 bis⁸ y de forma explícita (aunque circunscripto a la materia salarial) en el principio de “igual remuneración por igual tarea” que consagra el mismo artículo. Además, algunos de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitu-

⁷ Como señala Confalonieri, estos convenios y declaraciones también contienen disposiciones que de manera implícita reconocen el derecho de igualdad, al indicar como titulares de otros derechos a “toda persona”, “todo ser humano” o “todo individuo” (en ob. cit., p. 532).

⁸ CONFALONIERI, en ob. cit., p. 534.

ción que mencionamos más arriba, reconocen implícita o explícitamente el derecho de igualdad. Así, éste aparece implícito en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuanto declara que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas” (art. XIV); como así también en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7°), en cuanto enuncian el derecho a condiciones de trabajo “equitativas y satisfactorias”. De manera explícita, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados Partes a adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos...” (art. 11.1). A su vez, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial impone el deber de “garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de [...] [e]l derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria” (art. 5.e.i). Asimismo, diversas disposiciones de los instrumentos internacionales de rango constitucional consagran también explícitamente el principio de igualdad de trato para los trabajadores en temas específicos, tales como la remuneración⁹, la promoción de categoría¹⁰, o el despido de la mujer por motivo de embarazo, licencia de maternidad o estado civil¹¹.

Además de esas normas constitucionales (o de rango constitucional), encontramos disposiciones sobre el derecho *de los trabajadores* a la

⁹ Enuncian el principio de “igual salario por trabajo igual”: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7.a.i), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.d).

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7°, inc. c).

¹¹ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.2.a).

igualdad de tratamiento en otros instrumentos internacionales, como, por ejemplo, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 98 (sobre derecho de sindicación y negociación colectiva)¹², N° 100 (sobre igualdad de remuneración)¹³ y N° 111 (sobre discriminación en materia de empleo y ocupación)¹⁴ y, el Protocolo de San Salvador¹⁵ y la Declaración Sociolaboral del Mercosur¹⁶.

Asimismo, son numerosas las *leyes* que reglamentan el citado derecho *de las personas que trabajan*. En primer lugar, cabe mencionar a la LCT, que consagra en términos generales los principios de no discriminación e igualdad de trato en los artículos 17 y 81, y establece aplicaciones concretas de esos principios en aspectos vinculados con la promoción profesional y la formación en el trabajo (art. s/N° del Capítulo VIII), la remuneración (arts. 172 y 187), y los despidos por causa de maternidad, embarazo o matrimonio (arts. 178, 180, 181 y 182). En materia gremial, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales prohíbe a esas organizaciones establecer diferencias arbitrarias o dar un trato discriminatorio a sus afiliados (art. 7°), y contiene disposiciones

¹² Según el art. 1° de este Convenio, “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”, entre ellos los que tengan por objeto “despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

¹³ Este Convenio busca “garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (art. 2°).

¹⁴ Todo Estado para el que este Convenio esté en vigor “se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (art. 2°).

¹⁵ Cfr. el art. 7°, que establece el deber de asegurar condiciones de trabajo “justas, equitativas y satisfactorias” y “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

¹⁶ Cfr., en especial, arts. 1° (“no discriminación”), 2° (“promoción de la igualdad”), 3° (sobre igualdad de trato y oportunidades) y 4° (igualdad de derechos y oportunidades para los trabajadores migrantes y fronterizos). La eficacia jurídica de esta Declaración es motivo de discusión; un panorama sobre las distintas posturas acerca de esta cuestión puede verse en AA. VV., *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, OIT-AADTySS, Montevideo, 2002.

tendientes a proteger a los trabajadores (y, en especial, a los representantes gremiales) de represalias o actos discriminatorios motivados por su actividad sindical (arts. 48, 50, 52 y 53). Asimismo, algunas leyes procuran impedir discriminaciones en el acceso al empleo de personas con ciertas enfermedades: la diabetes (art. 2º, ley 23.753) y la epilepsia (art. 2º, ley 25.404). Cabe mencionar también el régimen general de sanciones por infracciones laborales que forma parte del Pacto Federal del Trabajo (aprobado en el orden nacional por la ley 25.212), que asigna el carácter de infracciones “muy graves” a “las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares”. No podemos cerrar esta breve reseña legislativa sin mencionar el artículo 11 de la ley 25.013, pues, si bien se encuentra derogado, se trataba de la primera (y única) norma que regulaba específicamente el despido discriminatorio en general¹⁷.

2. La ley 23.592 y su aplicación en materia laboral

Entre las normas de jerarquía legal antes mencionadas, merece especial consideración la ley de represión de actos discriminatorios 23.592, ya que constituye una reglamentación directa de la garantía de igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional¹⁸.

El artículo 1º de esta ley establece que “[q]uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales

¹⁷ El citado precepto (abrogado por la ley 25.877) establecía que “[s]erá considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7º de esta ley se incrementará en un treinta (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo”.

¹⁸ CSJN, 26-8-97, “F. C. C. Medio Ambiente SA c/Municipalidad de Quilmes”, Fallos: 320:1842, L. L. 1998-C-791, D. J. 1998-3-315; 20-2-2001, “Ganem, Alfredo”, Fallos: 324:392, L. L. 2001-D-376, D. J. 2001-2-821; 15-11-2011, “Pellicori, Lilianna Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”, D. T. 2011-3231, con nota de Juan José Etala (h) y L. L. Supl. Doctrina Judicial Procesal 2011-20, con nota de Carlos Pose.

reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Según recuerda La Rosa, en las primeras discusiones del proyecto de ley se quería incluir esta disposición en el Código Civil, postura que fue desechada para no romper el equilibrio de ese cuerpo normativo. Por eso se prefirió establecer este precepto con carácter general y autónomo, a fin de que abarcara en sus previsiones actos de naturaleza tanto pública como privada¹⁹.

En razón de ese carácter general, el artículo 1º de la ley 23.592 resulta claramente aplicable a las relaciones laborales, como lo ha señalado en fecha reciente la Corte Suprema²⁰.

En realidad, como explica De la Fuente, nunca se discutió la aplicación de ese precepto en materia laboral, porque desde siempre se aceptó que el Derecho común es aplicable a los derechos especiales de modo supletorio o subsidiario, de modo que aquél pasa a completar o integrar estos últimos, siempre que no entre en contradicción con sus normas o principios²¹.

Así, señala el citado autor, no existe ningún inconveniente en aplicar la ley 23.592 a los actos discriminatorios que pudiera cometer el empleador *durante la ejecución del contrato de trabajo*, porque ello no se opone a ninguna norma o principio laboral. Por eso se acepta que en estos casos el empleador, como responsable del acto discriminatorio prohibido, debe indemnizar al trabajador afectado por los daños morales y materiales causados por esa conducta ilícita, e incluso, de ser posible,

¹⁹ LA ROSA, Mariano R., *Breve análisis de la ley de represión de actos discriminatorios*, en J. A. 2006-III-86.

²⁰ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA” (D. T. 2011-329, con nota de Juan José Etala [h] y L. L. 2011-B-651, con nota de Horacio H. De la Fuente), considerandos 6º del voto de la mayoría y 12 del voto –en disidencia parcial– de los jueces Lorenzetti, Highton y Argibay.

²¹ DE LA FUENTE, Horacio H., *La Suprema Corte y el despido discriminatorio*, en L. L. del 28-4-2011, p. 5.

debe también dejar sin efecto el acto discriminatorio. En estos casos se considera que el mejor derecho que otorga la ley general se adecua perfectamente al fin protector que es propio del Derecho especial, o sea que no existe ninguna incompatibilidad al respecto²².

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha invocado las disposiciones de la ley 23.592, por ejemplo: a) para reparar (por vía del reconocimiento de diferencias salariales) las consecuencias dañosas de la discriminación efectuada por el empleador en materia remuneratoria²³; b) para declarar la invalidez constitucional del artículo 39 de la ley 24.557 en cuanto restringe al trabajador el acceso a la vía civil para obtener la reparación de un accidente de trabajo²⁴; c) para admitir el reclamo de diferencias salariales del dependiente al que el empleador aplicó el régimen de “garantía horaria” de la actividad frigorífica, sin respetar el orden de antigüedad y cargas de familia del artículo 221 de la LCT²⁵.

Igualmente se ha considerado aplicable la ley 23.592 respecto de la conducta discriminatoria desplegada por el empleador *en la etapa previa a la celebración del contrato*, sea para disponer la reparación de los daños ocasionados por esa conducta²⁶, o para ordenar al empresario que contrate personal del colectivo discriminado (en el caso: el sexo femenino) hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida con anterioridad²⁷.

²² DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., p. 5, y *El despido discriminatorio*, en D. T. 2010-1689.

²³ CNAT, sala X, 29-6-99, “Campo, Claudia c/Argencard SA”.

²⁴ CNAT, sala VI, 14-2-2002, “Wolf, Héctor O. c/Guillermo Decker SA”, D. T. 2002-A-879; sala X, 29-10-2004, “Alva Alfaro, Federico R. c/Coto CICSA”, D. T. 2005-235; *id.*, 27-10-2004, “Godoy, Gabriel G. c/Inargind SA y otro”, D. J. 2005-1-319.

²⁵ CNAT, sala I, 10-12-2004, “Báez, Pedro Ramón y otros c/Finexcor SA”.

²⁶ CNCiv., sala E, 30-9-2003, “R., L. F. c/Trenes de Buenos Aires SA”, J. A. 2004-I-352 (se admitió el reclamo de indemnizaciones por daño moral y material de un portador asintomático de HIV a quien, “a raíz de un acto discriminatorio, se lo privó de la posibilidad de obtener un empleo dentro de la propia demandada”); sala F, 4-8-2005, “F., V. H. c/Fiat Auto Argentina SA”, D. J. 2005-3-1172, L. L. 2006-A-28, con nota de Jorge Rodríguez Mancini (el Tribunal hizo lugar al reclamo de indemnización del daño moral sufrido por el trabajador que, por portar el virus del HIV, no fue incluido en el personal transferido de una empresa a otra).

²⁷ CNCiv., sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA”, L. L. 2003-B-970, con nota de Eduardo Gregorini Clusellas y D. T. 2003-A-364.

También resulta aplicable el artículo 1° de la ley 23.592 respecto de los actos discriminatorios en que puede incurrir el empleador *al extinguir el contrato*. Sin embargo, como observa De la Fuente, cabe efectuar una distinción según *cuál sea la actitud que adopte el trabajador afectado* frente al despido. Si éste *acepta la extinción del contrato*, puede reclamar, además de las indemnizaciones tarifadas pertinentes, el resarcimiento de los daños morales y materiales que le haya ocasionado el despido discriminatorio; esta reparación adicional resulta procedente por cuanto no se discute que en dicho supuesto corresponde aplicar la ley general 23.592, desde el momento que no existe ninguna incompatibilidad con el Derecho especial (no contradice ninguna norma ni principio laboral)²⁸.

Pero, según explica el mencionado autor, se presenta una situación muy diferente cuando el trabajador despedido *opta por no aceptar la extinción del contrato y reclama la nulidad del acto discriminatorio*, o sea que “se lo deje sin efecto” –en palabras de la ley 23.592–, lo que significaría, en caso de aceptarse su pretensión, que se prive de eficacia al despido y se ordene su reincorporación. Sólo en este supuesto se discute la aplicación de la ley 23.592, teniendo en cuenta que en nuestro sistema laboral se sanciona el despido arbitrario o sin causa con el pago de una indemnización (generalmente tarifada), lo que supone la validez del acto rescisorio, o sea la extinción definitiva del contrato²⁹.

Resulta conveniente, entonces, repasar brevemente las fórmulas de protección de la estabilidad del trabajador y su recepción en las normas (constitucionales, de fuente internacional y legales) que rigen en esa materia.

3. Fórmulas de protección contra el despido sin causa justificada

Existen diversas formas de tutelar al dependiente contra el despido

²⁸ DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., p. 5, y *El despido discriminatorio* cit., p. 1689. En el mismo sentido: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio L. R., *Estabilidad absoluta*, en T. y S. S. 1997-1048.

²⁹ DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., p. 5, y *El despido discriminatorio* cit., p. 1689.

injustificado. En efecto, la estabilidad (entendida como el derecho del trabajador a la conservación de su empleo hasta que él mismo decida ponerle fin o se configure algún motivo justificado de extinción) puede protegerse con mayor o menor intensidad, con mecanismos de tutela que van desde la simple penalización del despido (mediante multas o indemnizaciones) hasta su privación de efectos jurídicos, acompañada esta última de dispositivos que procuran –con mayor o menor eficacia– la reincorporación del trabajador.

Estas diversas formas de protección pueden clasificarse también de distintas maneras. Una clasificación muy arraigada en la doctrina (aunque no aceptada de manera unánime) es la propiciada desde hace más de seis décadas por Deveali, quien distinguía entre estabilidad *propia* e *impropia*³⁰. La primera de ellas se configura cuando la norma aplicable prevé la *nulidad del acto resolutorio*, mientras que la segunda se verifica cuando el ordenamiento jurídico *acepta al despido como válido*, sin perjuicio de imponer al empleador una carga económica (por lo general, una indemnización tarifada a favor del trabajador). Según la feliz expresión de Monzón, la estabilidad propia *asegura la permanencia del vínculo*, mientras que la estabilidad impropia *solamente la procura*³¹.

A su vez, la estabilidad propia admite también una subdivisión en *absoluta* y *relativa*. En el primer subtipo (estabilidad *propia absoluta*), se garantiza al trabajador –una vez declarada la nulidad del despido– su *efectiva reinstalación* en el empleo, ya que el empleador no puede sustituir su obligación por otra de carácter indemnizatorio sin la con-

³⁰ DEVEALI, Mario L., *El derecho a la estabilidad en el empleo*, en D. T. 1944-5. Siguen esta clasificación, entre otros: BIDART CAMPOS, Germán, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis*, en T. y S. S. 1981-481; ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1998, ps. 539 y 540; HERRERA, Enrique, *Extinción del contrato de trabajo*, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 5, ps. 103 y 104; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavallia, Buenos Aires, 2000, p. 86, y LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ, J.; CENTENO, N. O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 98.

³¹ MONZÓN, Máximo D., *Régimen de los empleados de bancos y seguros*, en DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1965, t. III, p. 309.

formidad del trabajador. En cambio, en el otro subtipo (estabilidad *propia relativa*) el empleador *puede rehusarse a reinstalar* al dependiente, pero en ese caso deberá seguir abonándole salarios hasta que éste se encuentre en condiciones de acceder a la jubilación o se configure algún otro motivo justificado de extinción. Como se ve, ambas subespecies parten del presupuesto de que el despido injustificado es nulo, esto es que no produce el efecto deseado por el empleador (extinguir la relación laboral). De ahí que se lo obligue a reinstalar al trabajador o, al menos, a seguirle abonando los salarios, lo cual se justificaría por la subsistencia del vínculo.

4. La estabilidad del trabajador privado en el Derecho argentino

El texto originario de la Constitución de 1853, de neto cuño liberal, no contemplaba ninguna protección contra la ruptura injustificada del contrato de trabajo. La Constitución de 1949 tampoco preveía expresamente esa tutela, aunque podía quizás considerársela incluida en la genérica declaración del artículo 37.1, según el cual “el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad”.

En cambio, la reforma de 1957 incorporó expresamente a la Ley Fundamental diversas formulaciones del derecho a la estabilidad. En efecto, el artículo 14 bis dispone que las leyes “asegurarán al trabajador”, entre otras cosas, la “protección contra el despido arbitrario” y “la estabilidad del empleado público”, y que los representantes gremiales “gozarán de las garantías [...] relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

Existe un consenso general en la doctrina acerca de que la Constitución *no asegura a los empleados del sector privado la estabilidad propia* sino la impropia.

Así, Quiroga Lavié afirma que la Ley Fundamental “no garantiza [a los trabajadores privados] la estabilidad propia, es decir que se asegure la restitución al empleo a quien haya sido destituido sin justa causa, sino la reparación económica, a través de una indemnización, cuando exista un despido sin justa causa (estabilidad impropia)”³². También Martínez Vivot considera que “el sentido de la norma, como

³² QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina comentada* cit., p. 86.

resulta del respectivo debate, es que el despido incausado, cuya posibilidad se reconoce al admitir la estabilidad sólo para el empleado público, no deje al afectado sin una protección adecuada”³³. En sentido concordante, Bidart Campos sostiene que, para el sector privado, “no parece dudoso que lo que consagra la norma es la estabilidad impropia, a través de la locución ‘protección contra el despido arbitrario’, en la que, incluso, la voz estabilidad no aparece, como sí en cambio figura en la garantía concedida para el empleo público”³⁴.

Ahora bien, este último autor efectúa una importante salvedad, pues entiende que la obligación que tiene el legislador de proteger contra el despido arbitrario no impide que aquél supere ese “mínimo” de tutela implantando en las relaciones de empleo privado un sistema de estabilidad propia, cuando la índole de la vinculación lo permita³⁵. Ésta es la tesis predominante en la doctrina nacional, que sostiene que la ley puede adoptar un tipo de protección más enérgica que la indemnización, negándole validez al despido arbitrario³⁶.

Sin embargo, nuestra legislación (con la solitaria excepción de un régimen estatutario, al que más adelante nos referiremos) se inclinó tradicionalmente por sistemas de estabilidad impropia.

El primer (y modesto) antecedente en materia de protección contra

³³ MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., *Posibles variables de la indemnización por despido en el marco constitucional*, en T. y S. S. 1987-204.

³⁴ BIDART CAMPOS, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis* cit., p. 481.

³⁵ BIDART CAMPOS, ob. cit. El autor deja a salvo el supuesto de las vinculaciones “que se personalizan acentuadamente entre un empleador y uno o pocos empleados”, pues en ese caso “la estabilidad propia no sería justa, porque el deber de reincorporar significaría la obligación patronal de soportar la presencia física de alguien a quien no se desea”.

³⁶ DE LA FUENTE, Horacio H., *Estabilidad en el empleo*, en VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. 3, p. 563; FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 346; LÓPEZ, Guillermo A. F., *Régimen de los empleados de banco y seguros*, en DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1972, t. III, p. 342; LÓPEZ, en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. II, p. 997; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 1, p. 249. En contra: MARTÍNEZ VIVOT, ob. cit., p. 127.

el despido fue el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires de 1862 (adoptado como Código de la Nación en 1890), que limitó las facultades resarcitorias de las partes al imponerles la carga de preavisar la extinción con un mes de anticipación o abonar en su defecto una indemnización sustitutiva.

En 1934, la ley 11.729 (que modificó el citado Código) estableció que el empleador que denunciara el contrato sin justa causa debía abonar (independientemente de la reparación que correspondiera en caso de falta de preaviso) un resarcimiento por el despido en sí mismo, de carácter tarifado, conocido como “indemnización por despido” o “por antigüedad”, ya que se determinaba precisamente en función del tiempo de servicio y la remuneración del trabajador, a razón de medio mes de sueldo por cada año de labor, con un importe mínimo y un tope máximo. Más tarde, el decreto 33.302 de 1945 duplicó esa tarifa y extendió ese sistema de *estabilidad impropia* (hasta entonces aplicable a los empleados mercantiles) a los trabajadores de las actividades civiles.

Paralelamente a esta evolución legislativa, durante la segunda mitad de la década de 1930 y la primera mitad de la de 1940, se fue desarrollando un amplio movimiento “estatutario” mediante el cual ciertas profesiones o actividades fueron obteniendo la sanción de leyes particulares (los llamados “estatutos especiales”) que adoptaron diversos modelos de estabilidad en el empleo³⁷.

La mayoría de esos estatutos mantuvo el esquema de protección tradicional, generalmente con indemnizaciones superiores a la del régimen general. En cambio, la ley 12.637 de 1940 que estableció el estatuto para los empleados de bancos particulares (extendido luego a favor de los trabajadores del seguro, reaseguro, capitalización y ahorro) garantizó la “estabilidad” del trabajador, y sus reglamentaciones le otorgaron a esa estabilidad las características del tipo que definimos más arriba como *propia relativa*, al especificar que el empleador que despidiera injustificadamente a un empleado con más de seis meses de antigüedad y no acatase la sentencia que dispusiera su reingreso, debía abonarle indemnizaciones hasta que alcanzara el derecho a la jubilación³⁸.

³⁷ HERRERA, ob. cit., t. 5, p. 18.

³⁸ Conf. arts. 6° del decreto 20.268/1946 y 5° del decreto 21.304/1948.

Ese régimen fue objeto de algunas críticas que, sin embargo, no encontraron eco en la jurisprudencia, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró su inconstitucionalidad en la causa “De Luca” (a la que más adelante nos referiremos). A raíz de ese fallo, la ley 18.589 de 1970 sustituyó el referido régimen de estabilidad propia por otro de estabilidad impropia, aunque notoriamente más beneficioso para los trabajadores que el de la ley general. Por último, la ley 22.245 de 1981 eliminó definitivamente toda protección especial para los trabajadores bancarios y de seguros, y los incorporó lisa y llanamente al régimen general.

Con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 de 1974 se consolidó para la generalidad de los trabajadores un régimen de *estabilidad impropia*, ya que (además de la obligación de abonar un resarcimiento en caso de omisión del preaviso) se impone al empleador que despide sin causa al trabajador en los contratos por tiempo indeterminado el pago de una indemnización “por antigüedad o despido” (art. 245)³⁹ de carácter *tarifada* (similar a la de la ley 11.729 y el decreto 33.302/1945), que se complementa con reparaciones agravadas (aunque también tarifadas) para los despidos por causa de maternidad, embarazo o matrimonio (arts. 178 y 182)⁴⁰, y con indemnizaciones *integrales* (“de daños y perjuicios provenientes del Derecho común”) para ciertos supuestos de cesantía en los contratos “a plazo fijo” y “de temporada” (arts. 95 y 97).

La *estabilidad propia*, en el empleo privado, ha quedado reservada entonces (en la legislación actual) a los *representantes gremiales* (arts. 48, 50 y 52 de la ley 23.551)⁴¹, aunque en este caso no

³⁹ La ley 25.013 de 1998 estableció también una indemnización “por antigüedad o despido”, similar a la de la LCT, con una agravación de la tarifa para los “despidos discriminatorios” (arts. 7º y 11, derogados por la ley 25.877, B. O. del 19-3-2004).

⁴⁰ También se prevén incrementos de las indemnizaciones comunes en hipótesis relacionadas con la clandestinidad laboral (arts. 15 de la ley 24.013 y 1º de la ley 25.323) o con la falta de pago en término de aquéllas (art. 2º de la ley 25.323).

⁴¹ Los trabajadores contemplados en el art. 48 de la ley 23.551 gozan de esa estabilidad durante el tiempo que dure el ejercicio de sus mandatos y hasta un año más. De igual protección disponen los candidatos por el término de seis meses a partir de su postulación.

sería una estabilidad en sentido pleno, sino *temporalmente limitada (pro tempore)*⁴².

5. La estabilidad en los convenios internacionales

Veremos ahora cómo se encuentra garantizada la estabilidad del trabajador en algunos convenios internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio N° 158 de la OIT y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

El pacto y el protocolo son también Derecho vigente en nuestro país (el primero con jerarquía constitucional y el segundo con rango supralegal) con arreglo a lo previsto en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. En cambio, el Convenio N° 158 no ha sido ratificado hasta el momento por la República Argentina y, por ende, carece de obligatoriedad en nuestro ámbito.

5.1. *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*

El artículo 6.1 del PIDESC⁴³ establece que los Estados Partes “reconocen el derecho a trabajar”⁴⁴, el cual, según afirma el Comité de Derechos Económicos y Sociales, incluye “el derecho a no ser privado de trabajo en forma injusta”⁴⁵.

⁴² LÓPEZ, Justo, *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, en L. T. XVII-385.

⁴³ El Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16-12-66, y entró en vigor el 3-1-76. Nuestro país lo aprobó mediante la ley 23.312 (B. O. del 13-5-86) y lo ratificó el 8-8-86.

⁴⁴ Otros convenios y declaraciones de derechos humanos consagran igual derecho (“al trabajo” o “a trabajar”): el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), la Carta Social Europea (Parte I, apartado 1, y Parte II, art. 1°), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 15), y el Protocolo de San Salvador (art. 6°). Pero salvo este último (al cual nos referiremos más adelante), *esos instrumentos no contienen directivas concretas en materia de estabilidad*.

⁴⁵ Comité de Derechos Económicos y Sociales, *El derecho al trabajo*, Observación General N° 18, aprobada el 24-11-2005, parágrafos 4 y 6.

Los Estados tienen *obligaciones inmediatas* en relación con el mencionado derecho al trabajo, como la de “adoptar medidas” (párr. 1º del art. 2º) en orden a la plena realización del artículo 6º, y la de “garantizar” que aquél sea ejercido “sin discriminación alguna” (párr. 2º del art. 2º); dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo⁴⁶.

En caso de violación a ese derecho, los afectados “tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición”⁴⁷.

Ahora bien, *el pacto no expresa una preferencia hacia ninguna de esas formas de reparación*. Por el contrario, el Comité de Derechos Económicos y Sociales ha resaltado que, para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del pacto, “cada Estado Parte tiene un margen en el que puede ejercer su criterio para decidir qué medidas son más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas”⁴⁸.

5.2. *El Convenio N° 158 de la OIT*

El Convenio N° 158 de la OIT (sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador)⁴⁹ consagra el *principio de causalidad* en el despido, en tanto dispone que “no se podrá poner término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4º).

El convenio prevé *qué causas no se considerarán justificadas* (arts. 5º y 6º), y establece que el trabajador tiene *derecho a ser oído* antes

⁴⁶ Comité de Derechos Económicos y Sociales, Observación General cit., párrafo 19.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos y Sociales, Observación General cit., párrafo 48.

⁴⁸ Comité de Derechos Económicos y Sociales, Observación General cit., párrafo 37.

⁴⁹ El Convenio fue adoptado el 22-6-82. Hasta agosto de 2011 fue ratificado por 35 países, entre los que no se encuentra la República Argentina.

de ser despedido (art. 7°), como así también a *recurrir el despido* ante un organismo neutral –como, por ejemplo, un tribunal o un árbitro–, el cual estará facultado “para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada” (arts. 8° y 9°).

Con respecto a la *reparación* del despido injustificado, el artículo 10 dispone que “si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Como se ve, el convenio demuestra una *preferencia hacia la readmisión* del trabajador injustificadamente despedido, *pero no impone esta solución*, pues admite que la reparación *puede consistir también en el pago de una indemnización* u otra prestación apropiada, todo ello *conforme lo establezcan la legislación y la práctica de cada país*.

Así lo ha interpretado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. En efecto, en un Estudio General que trasunta una marcada preocupación por la escasez de ratificaciones del Convenio N° 158, la Comisión se esforzó por destacar la *flexibilidad* de este instrumento, particularmente en lo referente a las *opciones* que ofrece para la reparación del despido injustificado.

En ese sentido expresó que “el artículo 10, tal como está redactado, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada, pero sigue manteniéndose flexible ya que prevé otras vías de reparación en función de los poderes del organismo neutral y de la aplicabilidad en la práctica de una decisión que anulase la terminación y propusiera la readmisión”⁵⁰.

⁵⁰ CEACyR, Estudio General de 1995 sobre el Convenio N° 158 y la Recomendación N° 166, Informe III, Parte 4B, 82ª Sesión de la Conferencia, documento Ilolcx N° 251995G10, parágrafo 219.

En el mismo Estudio, la Comisión recordó que “si bien el Convenio mantiene algunos principios en cuanto al fondo”, es flexible –entre otras cosas– “en cuanto al procedimiento previo a la terminación y a las vías de recurso, habida cuenta de que permite especialmente que se prevea que la carga de la prueba incumbirá al empleador o que se habiliten organismos neutrales para que se formen sus criterios, ante las pruebas aportadas por las partes, y que una indemnización eventual puede adoptar la forma de readmisión o de indemnización”⁵¹.

Más tarde, en una Observación General publicada en 2001, la Comisión volvió a expresar su inquietud por el hecho de que el Convenio, pese a su importancia, había sido ratificado hasta ese momento sólo por 29 países. Con el inocultable propósito de fomentar las adhesiones a dicho instrumento, la Comisión insistió entonces en que sus disposiciones no eran incompatibles con las tendencias flexibilizadoras y subrayó que “el convenio muestra conscientemente la necesidad de equilibrar la protección del trabajador en caso de despido injustificado y la de asegurar la flexibilidad del mercado de trabajo”. Asimismo recordó que “el Convenio deja considerable discreción a los gobiernos, en consulta con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, para que determinen las formas específicas de salvaguardia que sean las más apropiadas a las condiciones económicas y sociales del país”⁵².

Más recientemente, en sendas observaciones individuales publicadas en 2009 y 2011, la Comisión reiteró que en el artículo 10 del Convenio “parece expresarse una preferencia por la readmisión, pero sigue existiendo una flexibilidad”⁵³ y recordó que dicho instru-

⁵¹ En el referido Estudio General la Comisión consideró que, en caso de despido “que menoscabe un derecho fundamental”, “la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos adquiridos”. Sin embargo, también en esos casos dejó a salvo la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales establezcan otras reparaciones, como ser indemnizaciones “más elevadas que cuando se trata de otros motivos de terminación” (CEACyR, Estudio General cit., párrafos 231 y 232).

⁵² CEACyR, Observación General sobre el Convenio N° 158, documento Ilolex N° 052001158.

⁵³ CEACyR, Observación Individual sobre el Convenio N° 158, Turquía, publicado en 2011, documento Ilolex N° 062011TUR158.

mento busca equilibrar la protección del trabajador y la flexibilidad del mercado de trabajo⁵⁴.

En suma, y como señala la doctrina nacional⁵⁵ y extranjera⁵⁶, el Convenio N° 158 admite que es la legislación de cada país la que debe determinar el tipo de reparación del despido sin causa, es decir si se opta por un sistema de estabilidad propia o impropia.

5.3. *El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*

El Protocolo de San Salvador⁵⁷ constituye el principal instrumento del sistema interamericano sobre la materia⁵⁸ y contiene un extenso catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que

⁵⁴ CEACyR, Observación Individual sobre el Convenio N° 158, República Bolivariana de Venezuela, publicado en 2009, documento Ilolex N° 062009VEN158.

⁵⁵ DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., p. 5.

⁵⁶ SERVAT PEREIRA DE SOUSA, Roberto Juan, *Los efectos negativos de la estabilidad absoluta como regla general de protección contra el despido*, en *Jus. Doctrina & Práctica*, Lima, N° 5, mayo de 2007; DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA, Alfonso, *La estabilidad laboral en el Perú*, en *Revista peruana de derecho de la empresa*, Lima, N° 58, año XIX, p. 19; MORALES CORRALES, Pedro G., *Derecho al trabajo y despido arbitrario. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional*, en AA. VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 123; PERELLO GÓMEZ, Nancy y RIVERO PERALTA, Guimar, *El Proyecto de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo a la luz del Derecho del Trabajo Contemporáneo: ¿avance o retroceso?*, en *Gaceta Laboral*, Maracaibo, diciembre de 2008, vol. 14, N° 3, ps. 426-445.

⁵⁷ El Protocolo fue adoptado por la OEA en 1988 y entró en vigor el 16-11-99. En la Argentina, fue aprobado por la ley 24.658 (B. O. del 17-7-96); sin embargo, nuestro país depositó en Washington el instrumento de ratificación recién el 23-10-2003 (conf. BAZÁN, Víctor, *La articulación del Derecho interno. Derecho Internacional en materia de protección de los derechos humanos. Algunos desafíos y novedades del sistema interamericano*, en L. L. Gran Cuyo 2006-565).

⁵⁸ MELÉNDEZ, Florentín, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, en *Cuadernos Electrónicos*, N° 5 (http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/5_%20La%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20sociales%20por%20las%20Defensor%C3%ADas%20E2%80%A6.pdf).

se encuentra el derecho al trabajo (art. 6º). Al igual que el PIDESC, el Protocolo obliga a los Estados Partes a adoptar las “medidas necesarias” a fin de lograr la “plena efectividad” de los derechos reconocidos (art. 1º), como también a garantizar el ejercicio de estos derechos “sin discriminación alguna” (art. 3º).

En relación con el mencionado derecho al trabajo, el Protocolo dispone que los Estados “garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular [...] [l]a estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (art. 7º).

Esa estabilidad se traduce en la exigencia de una causa de “justa separación”, de lo que se deduce que este instrumento descarta el despido sin causa o *ad nutum*⁵⁹; en otros términos, consagra (en sintonía con el Convenio N° 158 de la OIT) el *principio de causalidad en el despido*.

Ahora bien, como advierte un jurista costarricense, es obvio que ese concepto de “estabilidad” en el empleo no es tan amplio como su nombre lo sugiere, “porque el mismo queda matizado al establecer que esa estabilidad estará sujeta a ‘las características de las industrias y profesiones’ y porque la misma norma establece las opciones frente al ‘despido injustificado’, que pueden ser de tres tipos: a) indemnización; b) readmisión en el empleo (reinstalación); c) cualquier otra prestación prevista en la legislación laboral (v. gr., salarios caídos, etc.)”⁶⁰.

Observamos que si bien el Protocolo coincide también con el Convenio N° 158 de la OIT al incluir a la “readmisión en el empleo”

⁵⁹ TELLO PONCE, Mario, *El despido como forma de extinción unilateral de la relación laboral* (<http://www.monografias.com/trabajos29/despido-laboral/despido-laboral.shtml>).

⁶⁰ PIZA ROCAFORT, Rodolfo E., *Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 40, julio-diciembre de 2004, p. 179.

como uno de los modos de reparación del despido injustificado, se diferencia de ese Convenio en el hecho de que no le otorga a ese remedio un carácter preferente. Además, y a semejanza de lo que predicamos de este último instrumento, el Protocolo deja libertad a la legislación de cada país para que adopte cualquiera de las alternativas mencionadas (indemnización, reinstalación, o “cualquier otra prestación”) según lo considere conveniente⁶¹.

La jurisprudencia de los tribunales de la región ha destacado ese *carácter opcional* de la readmisión.

Así, la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de Guatemala señaló que la parte final del citado artículo 7° (en la que se alude a “cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional”) es “la que aclara lo establecido por dicho Protocolo, ya que la reinstalación se dará en aquellos países que hayan adoptado el Protocolo de San Salvador y que tengan prevista la reinstalación en forma general como una alternativa en caso de despido”⁶².

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Colombia sostuvo reiteradamente que el Protocolo de San Salvador “no dispone de manera expresa o categórica que un trabajador despedido injustamente tenga necesariamente que ser reintegrado, restablecido, reincorporado o readmitido a su cargo. Simplemente enuncia las diversas situaciones con las cuales los Estados Partes deben regular la estabilidad en el empleo y que comprenden, desde luego, el restablecimiento del contrato, o el pago de una indemnización o de cualquier otra prestación de acuerdo con lo que disponga la legislación interna. Pero, se ha dicho con insistencia, no consagra derecho concreto, individual o subjetivo del reintegro del asalariado despedido injustamente, por lo que

⁶¹ SERVAT PEREIRA DE SOUSA, ob. cit.; DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA, ob. cit.; MORALES CORRALES, ob. cit.; PERELLO GÓMEZ y RIVERO PERALTA, ob. cit.; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La discriminación y el contrato de trabajo*, en L. L. 2006-E-134 y en D. T. 2007-A-1.

⁶² Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de Guatemala, Sala Segunda, 20-5-2008, “Nunfio Zaldaña, Miriam Aurora c/Superintendencia de Administración Tributaria”, fallo confirmado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia del 6-5-2010, disponible on line en http://www.cc.gob.gt/siged2009/mdlWeb/frmConsultaWebVerAnexo.aspx?St_DocumentId=809212.html.

frente a un evento de esta naturaleza, habrá que estarse a lo que cada país tenga contemplado en su legislación”⁶³.

En suma, la normativa internacional, si bien consagra el principio de causalidad en el despido y busca afianzar la estabilidad del trabajador en el empleo, se muestra flexible *en cuanto al modo de asegurar ese derecho*, pues admite tanto la estabilidad propia como la impropia, según la elección que realice cada legislación nacional.

6. La estabilidad propia de los trabajadores privados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶⁴

Como dijimos más arriba, la ley 12.637 garantizaba a los trabajadores bancarios (y más tarde, también a los del seguro, reaseguro, capitalización y ahorro) una *estabilidad* a la que los respectivos decretos reglamentarios asignaban las características de la especie *propia relativa*.

En un primer pronunciamiento sobre este régimen, la Corte Suprema desestimó un planteo de inconstitucionalidad deducido por el empleador contra uno de esos decretos afirmando lacónicamente que “el criterio de la estabilidad propia acogido en el decreto impugnado, implica una de las formas posibles de efectivizar la garantía de la estabilidad, cuyo acierto o conveniencia no es susceptible de contralor judicial”. Asimismo, sostuvo que el régimen en cuestión no era atentatorio de la garantía de la propiedad, pues las prestaciones allí establecidas no eran “exorbitantes o caprichosas”, dado que “el pago de remuneraciones, sin contraprestación del agente, hasta que alcance el derecho a la jubilación, no es conducta necesaria sino resultado de la voluntaria pres-

⁶³ CSJ de Colombia, Sala de Casación Laboral, 13-5-2005, Radicación N° 24.310, “Aragón Sánchez, Isabel c/Empresa de Telecomunicaciones de Girardot SA ESP”, y sus citas; íd., 1-4-2008, sent. 31.743, “Parra Corredor, Héctor Antonio y otros c/Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá ESP ‘ETB’ y/o Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA Esp.”, y sentencias allí citadas.

⁶⁴ Para un desarrollo más exhaustivo del tema del acápite, ver GUISADO, Héctor, *Estabilidad en el empleo privado*, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio y FERA, Mario S. (coords.), *El Derecho Laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 93.

cendencia de la actividad de aquél por parte de la empresa, actitud discrecional que, por lo demás, lo priva de gravamen suficiente para cuestionar dichas consecuencias patrimoniales por servicios no prestados por su propio querer”⁶⁵.

Sin embargo, cuatro años después, el alto tribunal, con otra integración, se apartó explícitamente de la doctrina del fallo anterior y declaró la inconstitucionalidad del régimen de estabilidad de los trabajadores bancarios. Este nuevo pronunciamiento (*in re* “De Luca c/Banco Francés”) estuvo precedido por un meduloso dictamen del procurador general de la Nación, en el que, en síntesis, se concluía que el régimen impugnado era: a) incompatible con la libertad de comercio e industria garantizada por el artículo 14 de la Constitución Nacional, en tanto impedía, por medios gravemente coactivos, el ejercicio del mínimo de facultades discrecionales que era preciso reconocer a las empresas privadas en orden a la dirección de sus actividades, y b) lesivo al derecho de propiedad del empleador, ya que aparecía como una exacción en provecho de determinados particulares.

A su vez, la Corte, con apoyo en argumentos similares a los del procurador, consideró también –en suma– que el régimen del estatuto era “a todas luces exorbitante y falto de razonabilidad” y afectaba: a) *la libertad de contratar* (la cual, agregamos nosotros, encuentra su raíz constitucional en el *derecho de ejercer el comercio y la industria*, al que aludía el dictamen citado), en la medida en que imponía la obligación de pagar remuneraciones que no respondían a contraprestación alguna, a menos que el empleador aceptara –contra su voluntad– seguir manteniendo en su puesto empleados que no gozaban de la confianza que debía presidir toda relación de dependencia, y b) *el derecho de propiedad* del empresario, ya que resultaba ilegítima la carga de seguir abonando remuneraciones que, en cuanto tales, carecían de justificación, lo que aparecía por tanto como una exacción a favor de los trabajadores. Y, en franco apartamiento de la doctrina del caso anterior, dejó sentado el nuevo criterio de que “una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio

⁶⁵ CSJN, 27-12-65, “Flores, Elvio c/La Inmobiliaria, Cía. Argentina de Seguros Generales”, *Fallos*: 263:545.

sufrido”, pero “no puede admitirse como legítima la carga de seguir abonando remuneraciones que, en cuanto tales, carecen de toda justificación”⁶⁶.

En fallos posteriores (dictados entre 1969 y 1972), la Corte reiteró las consideraciones del precedente “De Luca”, siempre a propósito de despidos de trabajadores bancarios o de empresas de seguro o afines, dispuestos bajo la vigencia del régimen mencionado (es decir, el de la ley 12.637 y sus decretos reglamentarios 20.268/46 y 21.304/48)⁶⁷. En uno de ellos insistió en que el trabajador sólo podía reclamar una reparación “razonablemente proporcionada al perjuicio”, a la que identificó como “la indemnización a que legítimamente hubiere lugar”⁶⁸.

Más tarde, en una serie de pronunciamientos dictados entre 1980 y 1983, la Corte ratificó la doctrina de “De Luca” respecto de regímenes de estabilidad previstos en convenios colectivos de trabajo. En esos casos, el tribunal revocó sentencias que, con fundamento en la CCT N° 160/75 (para el personal de entidades deportivas y civiles) ordenaban reincorporar al trabajador y pagarle salarios caídos hasta la reinstalación o la negativa a hacerlo⁶⁹. Cabe hacer notar que en estas causas, las

⁶⁶ CSJN, 25-2-69, “De Luca, José E. y otro c/Banco Francés del Río de la Plata”, *Fallos*: 273:87, E. D. 30-75 y D. T. 1969-159.

⁶⁷ CSJN, 27-8-69, “Núñez, Bernardina Timotea c/Nahuel Compañía de Seguros s/Reconocimiento de dependencia y reincorporación”, *Fallos*: 274:309; 17-2-71, “Arroquigaray, Juan Arturo c/Sud América Terrestre y Marítima Compañía de Seguros Generales SA s/Reincorporación y cobro de pesos”, *Fallos*: 279:25; 6-8-71, “Comité de Baisman, Clelia Noemí c/SA Sol del Plata de Acumulación y Ahorro”, *Fallos*: 280:254; 11-8-72, “Chaco Argentina Compañía de Seguros Generales SA c/Daniel Ayala s/Consignación”, *Fallos*: 283:201.

⁶⁸ CSJN, causa “Comité de Baisman” citada en la nota anterior. En el mencionado caso “Núñez”, el Tribunal aclaró que el resarcimiento no podía abarcar salarios posteriores a la fecha de la efectiva cesación en el empleo. Sin embargo, en dos fallos posteriores, bien que referidos a otro régimen jurídico menos gravoso para el empleador (el de la ley 18.598), la Corte consideró que la carga de seguir cobrando haberes hasta el momento en que el empleador se negara a cumplir la orden de reinstalación no importaba una limitación arbitraria de los derechos que el art. 17 de la Constitución garantizaba al empleador y tenía base suficiente en el art. 14 bis (CSJN, 13-8-74, “Bernuchi, Gabriel Ángel c/Banco del Norte y Delta Argentino s/Sueldos-salarios”, *Fallos*: 289:200; 13-8-74, “Val de Anido, María Susana c/SA Chaco Argentina”, *Fallos*: 289:197).

⁶⁹ CSJN, 22-4-80, “Nazar, Luis Marcelo c/Asoc. de Trabajadores de la Ind. Lechera

sentencias apeladas no habían asignado a la cláusula convencional los alcances de la estabilidad propia, ya que no admitían la procedencia de los salarios caídos hasta el momento en que el trabajador se encontrara en condiciones de jubilarse (como ocurría en el sistema del primitivo estatuto bancario), sino solamente hasta que el empleador lo reincorporara o se negara a hacerlo (como lo disponía el segundo estatuto bancario, aprobado por la ley 18.598), de manera que esas decisiones reconocían eficacia a la voluntad extintiva del empresario (aunque sólo a partir del incumplimiento de la orden de reinstalación). Sin embargo, la Corte entendió, con argumentos similares a los vertidos en el fallo (y en el dictamen) de “De Luca”, que la interpretación que los jueces habían asignado a la cláusula impugnada era lesiva de los derechos de propiedad y de ejercer el comercio y la industria.

En la causa “Figueroa c/Loma Negra”, fallada en 1984, el Tribunal (con una nueva integración) volvió a ratificar la doctrina de “De Luca”, al revocar una sentencia que había condenado al empleador a reincorporar a los trabajadores y abonarles salarios caídos mientras continuara vigente la relación laboral, con sustento en el CCT N° 40/75 para los trabajadores de la industria del cemento⁷⁰.

Unos años más tarde, en 1992, la Corte resolvió la causa “Pelaia c/SADAIC”, en la que revocó una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había declarado la nulidad del despido de un trabajador y condenado al empleador a abonarle los salarios caídos hasta su deceso, con más la indemnización por fallecimiento prevista en el artículo 248 de la LCT⁷¹.

El voto mayoritario (de seis jueces) sostuvo que la Cámara había

de la República Argentina”, *Fallos*: 302:319; 4-12-80, “Castro, Mirta Ester c/Asociación Trabajadores del Estado (ATE)”, *Fallos*: 302:1486; 24-2-81, “Colomer, Miguel Ángel c/Colegio Médico de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*: 303:266; 16-3-82, “Tejeda, Francisco Solano y otro c/Asociación Colonia de Vacaciones Personal Banco Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 304:335.

⁷⁰ CSJN, 4-9-84, “Figueroa, Oscar Félix y otro c/Loma Negra CIASA s/Cobro de pesos. Inconstitucionalidad y casación”, *Fallos*: 306:1208.

⁷¹ CSJN, 30-6-92, “Pelaia, Aurelio Pascual c/Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música”, *Fallos*: 315:1441 y D. T. 1992-B-1983 (con nota de MAFFEL, Mario Rodolfo M., *El convenio colectivo de empresa y la estabilidad propia*).

omitido considerar si las cláusulas de la Convención Colectiva en cuestión resultaban o no violatorias de la garantía constitucional de la propiedad y, consecuentemente, dejó sin efecto el pronunciamiento con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, “sin perjuicio de lo que resolverá oportunamente el Tribunal anterior en grado con respecto a la cuestión de fondo debatida”.

La minoría (de tres magistrados), en cambio, ingresó a esa cuestión sustancial y consideró que la interpretación efectuada por el a quo aparecía “desde cualquier ángulo que se la examine, como irrazonable” y que resultaba manifiesta en el caso la violación de la garantía de la propiedad. Para llegar a esa conclusión, la minoría sostuvo (entre otras razones) que: a) todo el sistema establecido por la convención colectiva estaba destinado a lograr la reincorporación del trabajador a su empleo y esa condición era de cumplimiento imposible, ya que al momento del distracto el actor había cumplido los requisitos para acceder al beneficio jubilatorio; b) las cláusulas de estabilidad tenían como finalidad asegurar al trabajador una fuente de ingresos hasta que éste estuviese en condiciones de acceder a la jubilación, por lo que nada autorizaba a considerar que, superado ese lapso de estabilidad, debiera reincorporárselo; c) la sentencia imponía el pago por servicios no prestados, que carecían de justificación alguna, y d) la Cámara había excedido la finalidad misma del instituto de la estabilidad relativa propia, al extender sus alcances más allá del período necesario para obtener la jubilación.

El caso tenía una particularidad interesante: que la estabilidad había sido establecida en un convenio colectivo “de empresa”. Esta peculiaridad no fue examinada por la mayoría, que, como vimos, se limitó a descalificar el pronunciamiento apelado por arbitrario, sin emitir opinión sobre el fondo del asunto. La minoría, en cambio, sostuvo –en un *obiter dictum*– que “no existe en el sistema constitucional y legal argentino impedimento alguno para que la empresa, individualmente considerada, pueda someterse al régimen de organización de sus relaciones industriales que considere más conveniente” (aunque consideró que en el caso no había existido tal sometimiento). De tal modo, la minoría admitió que un convenio colectivo de empresa podía válidamente establecer un régimen de estabilidad propia.

La Corte volvió a avalar la doctrina de “De Luca” al fallar en la causa “Agnese”⁷², donde estaba en discusión la validez constitucional de la ley 23.523, que disponía un “derecho a la preferencia en el ingreso de sus anteriores empleos” a favor de los trabajadores bancarios despedidos “por causas políticas o gremiales, o por haber participado en huelgas y otras medidas de acción directa entre el 1º de enero de 1959 y el 10 de diciembre de 1983” y establecía que, si el empleador no hacía lugar al requerimiento del trabajador, debía abonarle la indemnización por despido del artículo 245 de la LCT tomando como base para su cálculo “la antigüedad registrada por el agente desde el primer ingreso a la institución y hasta la fecha en que su reincorporación fuese denegada” (es decir, con el cómputo de los períodos de inactividad).

En el caso, se trataba de un trabajador despedido en el año 1959 por su participación en una huelga, que solicitaba su reincorporación o, en su defecto, una indemnización por daños y perjuicios. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo rechazó la demanda por entender que la ley citada era contraria a lo dispuesto en los artículos 14, 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional. La Corte, por estricta mayoría conformada por el voto conjunto de cuatro jueces y por la opinión concurrente de un quinto magistrado, confirmó el pronunciamiento. En el primero de esos votos se tuvo en cuenta que: a) el sistema de preferencia establecido por la ley 23.523 tendía a “forzar el ingreso de los dependientes” porque imponía la obligación de indemnizar tomando en cuenta un período –que en la especie abarcaba 29 años– durante el cual no había existido relación alguna entre las partes; “ello, a menos que el empleador se avenga –contra su voluntad– a incorporar empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia (doctrina de *Fallos: 273:87*)”⁷³; b) en tales condiciones, la norma impugnada vulneraba la libertad de contratar y la garantía de propiedad, pues convertía el mero ejercicio del derecho a elegir la persona del contratante en factor de atribución de responsabilidad e imponía una carga pecuniaria que importaba el reconocimiento de de-

⁷² CSJN, 24-11-98, “Agnese, Miguel Ángel c/The First National Bank of Boston (Banco de Boston) s/Ac. de reinc. ley 23.523”.

⁷³ La cita efectuada por la Corte corresponde al recordado precedente “De Luca”.

rechos sin contraprestación de trabajo alguna; c) en razón de lo expuesto, la ley en examen restringía en forma irrazonable “el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con menoscabo de la garantía del artículo 14 de la Constitución Nacional que consagra la libertad de comercio e industria...”⁷⁴ En el voto concurrente del otro juez que integró la mayoría se destacó, entre otras razones, que la ley imponía la reincorporación de ciertas personas ya desvinculadas de la empresa, por cuanto ésta sólo podía liberarse de esa obligación mediante el pago de una cuantiosa indemnización basada en la ficticia antigüedad que surgiría de computar los años no trabajados; de tal modo castigaba a quien actuó conforme a la ley, convirtiendo el mero ejercicio del derecho a elegir la persona del contratante en factor de atribución de responsabilidad, imponiendo una carga pecuniaria que importaba el reconocimiento de derechos sin contraprestación alguna⁷⁵.

Más recientemente, la Corte recordó que *sólo en el ámbito del Derecho Público se resguarda a los trabajadores con un sistema de estabilidad propia*, frente a la “protección contra el despido arbitrario” (art. 14 bis de la Constitución Nacional), típica de la contratación laboral privada, que se resuelve con el pago de una indemnización tarifada⁷⁶. Esta distinción ha sido reiterada por el Tribunal, en su actual composición, en el caso “Madorrán”, donde insistió en que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional ha distinguido entre dos ámbitos

⁷⁴ En este punto, el voto conjunto cita los precedentes “Nazar”, “Castro”, “Tejeda” y “Figueroa”, mencionados en notas anteriores. Anotamos que este argumento ya había sido expresado por el procurador general en su dictamen en la causa “De Luca”.

⁷⁵ El voto conjunto de la disidencia, suscripto por cuatro jueces, sostuvo, en cambio, que la ley cuestionada no desnaturalizaba la libertad de contratar. Pero en un pasaje de ese voto se dijo que los trabajadores bancarios habían merecido un trato inconstante por parte del órgano legislativo, que consagró “regímenes de ‘estabilidad propia’ que, por beneficiosos para con los trabajadores, afectaron derechos de terceros constitucionalmente tutelados”. Resulta entonces que tanto la mayoría (en forma explícita) como la minoría (de manera implícita) ratificaron la doctrina del fallo “De Luca”.

⁷⁶ CSJN, 31-3-99, Comp. N° 661.XXXIV, “Donatti, Luis Alberto c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/Despido”, *Fallos*: 322:600.

distintos (el público y el privado), “para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo”. El alto tribunal citó en ese sentido la opinión del convencional Carlos A. Bravo, quien expresó que “[l]a estabilidad [...] salvo pocas excepciones, está tipificada en el caso de los empleados públicos, ya que puede ser considerada como un elemento natural de la relación entre ellos y la administración [...] En algunos países, la cesantía del empleado arbitrariamente dispuesta es nula, no produce efecto alguno; el empleado arbitrariamente alejado tiene el derecho de reincorporarse a su puesto, aun cuando esto no sea del agrado de sus superiores [...] En el campo de las relaciones del Derecho Privado, la situación es distinta. El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más...” Asimismo, citó la Corte la intervención del convencional Martella, quien también puso de manifiesto aquel distingo al señalar que la cláusula “protección contra el despido arbitrario” resultaba el principio que había informado la sanción de la ley 11.729, relativa a los trabajadores del sector privado, por lo que se agregaba, mediante el proyecto de reformas, la estabilidad del empleado público⁷⁷.

En suma, la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema en 1969 y ratificada por el Tribunal, con distintas integraciones, en fallos de 1971, 1972, 1980, 1981, 1982, 1984 y 1998, considera inconstitucional toda norma (o su interpretación) que consagre una estabilidad propia para los trabajadores privados. Dicha estabilidad, según el alto tribunal, sólo está tipificada para los empleados públicos.

⁷⁷ CSJN, 3-5-2007, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas”, D. T. 2007-A-555, *Fallos*: 330:1989. Esta doctrina fue reiterada por la Corte en numerosos pronunciamientos: CSJN, 9-3-2011, “Delfino, Laura Virginia c/Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos”, L. L. 2011-B-296; Supl. Adm. 2011-18, con nota de Nicolás Diana; 15-5-2007, “Ruiz, Emilio D. c/Dirección General Impositiva”, L. L. 2007-C-505, con nota de José Pablo Descalzi; L. L. 2007-C-524, con nota de Nicolás Diana; L. L. 2007-E-687, con nota de Horacio H. De la Fuente; D. T. 2007-566, con nota de María C. Hockl; T. y S. S. 2007-503; 5-4-2011, “Aguerre, Miguel Ángel c/ETOSS –res. 75/94 y 59/95– y otro”, IMP 2011-6-220, D. T. 2011-2023.

Sin embargo, como más adelante veremos, el reciente pronunciamiento de la Corte en la causa “Álvarez c/Cencosud” pone en tela de juicio esa doctrina o, al menos, admite una excepción a ella para el supuesto de despidos discriminatorios.

A continuación nos referiremos a ese tipo de despidos.

7. La discriminación en el despido

7.1. Concepto de discriminación

El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia define a la palabra *discriminar*, en su primera acepción, como el acto de “seleccionar excluyendo”. Pero como es obvio, no toda selección o exclusión resulta censurable. La discriminación que reprueba el Derecho es la que el mismo *Diccionario* describe en la segunda acepción del verbo: la que consiste en “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera”, es decir la diferenciación (peyorativa) que obedece a *motivos odiosos*, como los mencionados. En definitiva, el concepto de “discriminación”, tal como se lo emplea usualmente en el lenguaje jurídico, *encierra un juicio moral negativo respecto del uso de ciertos motivos o preconceptos injustificables*⁷⁸.

Las principales normas nacionales e internacionales en la materia coinciden en mencionar entre esos motivos *el sexo, la raza y la religión*⁷⁹. La mayoría comprende también *el color, el idioma, las opiniones políticas o de otra índole, el origen nacional o social, la posición*

⁷⁸ GUIBOURG, Ricardo A., *Después de tocar fondo. “De lege ferenda”*, en D. T. 2008-245.

⁷⁹ Todos esos motivos son enunciados en el art. 1º de la ley 23.592, los arts. 17 y 81 de la LCT, el derogado art. 11 de la ley 25.013, el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los arts. 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 11 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur y el art. 1º del Convenio N° 111 de la OIT (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación).

*económica y el nacimiento*⁸⁰. Asimismo, algunas incluyen *los motivos gremiales*⁸¹, *los caracteres físicos*⁸², *la orientación sexual*⁸³ y *la edad*⁸⁴.

En muchas de estas normas se destaca el *carácter abierto* de la enumeración, con expresiones tales como “o cualquier otra condición social”⁸⁵. Sin embargo, parece evidente que no todo móvil de diferenciación puede considerarse, sin más, como discriminatorio en los términos de las normas citadas.

Como ha dicho recientemente el Tribunal Constitucional de España a propósito del artículo 14 de la Constitución española (de redacción similar a las fuentes mencionadas)⁸⁶, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación “por razón de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, resulta “necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación,

⁸⁰ Mencionan todos esos motivos: el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los arts. 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Varios de ellos están enunciados también en el art. 1º de la ley 23.592, el art. 17 de la LCT, el art. 10 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur y el art. 1º del Convenio N° 111 de la OIT.

⁸¹ Art. 17, LCT.

⁸² Art. 1º, ley 23.592.

⁸³ Art. 10 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur. También hacía referencia a este motivo el derogado art. 11 de ley 25.013, en el texto observado por el Poder Ejecutivo (decreto 1111/98).

⁸⁴ Art. 17 de la LCT y art. 10 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

⁸⁵ V. gr., el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los arts. 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También emplean fórmulas similares el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“o cualquier otra condición”) y el art. 10 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (“o cualquier otra condición social o familiar”).

⁸⁶ Dicho precepto establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social”.

cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes...”⁸⁷

En nuestra jurisprudencia se han considerado discriminatorios los despidos motivados por actuación gremial, las opiniones políticas, el sexo, las enfermedades, la maternidad, la edad, entre otros⁸⁸.

Un supuesto discutido es el del llamado “despido represalia”, es decir el dispuesto como *respuesta patronal de castigo o venganza* frente a una conducta del dependiente, en principio legítima, pero percibida por el empleador como una ofensa (como, por ejemplo, entablar una demanda en su contra o declarar como testigo a favor de un excompañero de trabajo en un proceso promovido contra el mismo empleador).

Así, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo desestimó una acción de reinstalación fundada en la ley 23.592, en la que el trabajador consideraba discriminatorio el despido dispuesto por la empleadora pocos días después de tomar conocimiento de la demanda que aquél había deducido en su contra en procura del resarcimiento de los daños derivados de un infortunio laboral. La sala sostuvo que “no todo trato diferenciado, arbitrario, reprochable e, incluso, de revancha, puede conceptualizarse como discriminación ilegítima en los términos que nuestra legislación positiva estigmatiza”. Agregó que “para poder calificar así a alguno de esos actos, el sujeto o grupo de sujetos afectado debe contar con alguna cualidad, característica o condición que lo torne particularmente sensible a la discriminación y, a la par, el comportamiento censurable deberá fundarse en esa cualidad o circunstancia que ha hecho que la sociedad actual reputé inadmisibles a tal punto esos comportamientos como para conceptualizarlos en una categoría especial –discriminatorios– a fin de someterlos a un régimen jurídico

⁸⁷ STC 62/2008, del 26-5-2008 y STC 036/11, del 28-3-2011 (BOE N° 101 del 28-4-2011). En igual sentido: TSJ de Canarias, Sala de lo Social, sentencia 9/2011, del 25-1-2011.

⁸⁸ Ver, más adelante, puntos 7.2 y 7.3.

diferenciado y pasible de una peculiar y más intensa tutela para la víctima a la par que de un agravado reproche para el autor del acto denostable”⁸⁹.

En cambio, las salas IV y V de la misma Cámara –por mayoría– entendieron que resultaba discriminatorio el despido adoptado como represalia por haber el trabajador declarado como testigo en un juicio promovido por un excompañero. En esos casos, los votos mayoritarios consideraron que si bien la condición de testigo en una causa judicial no era una razón discriminatoria expresamente consagrada por el ordenamiento jurídico, podía quedar incluida en las cláusulas abiertas del artículo 1º de la ley 23.592 y de algunos instrumentos internacionales que aluden a la “condición social” o a “cualquier otra condición”⁹⁰. En mi voto (en disidencia) en una de esas causas expresé que, más allá de lo reprochable de la actitud patronal, ella no constituía un acto discriminatorio en los términos del citado artículo 1º de la ley 23.592, porque no estaba motivada en una condición personal del trabajador (raza, nacionalidad, sexo, etc.) ni en circunstancias de orden intelectual a él atribuibles (v. gr., religión, ideología, opinión política o gremial), sino en una conducta determinada, lo que no escapaba a las previsiones de la LCT, que admite –como regla– la potestad del empleador de extinguir sin causa las relaciones laborales de sus empleados⁹¹.

En la doctrina, algunos autores sostienen que el despido del trabajador que inició una acción de “restablecimiento de las condiciones alteradas” prevista en el artículo 66 de la LCT sería discriminatorio y podría dar lugar a la nulidad del acto y la reinstalación⁹². Por mi

⁸⁹ CNAT, sala II, 29-5-2009, “Fernández, Carlos Horacio c/Transporte Sargento Cabral Soc. Colectiva s/Acción de amparo”.

⁹⁰ CNAT, sala IV, 3-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplan SA s/Despido”, D. T. 2009-56, con nota de Leonardo Pablo Ferraro; IMP 2009-23-2041; id., 15-9-2009, SD 94.298, “Barreto, Graciela Dora c/Omint SA s/Despido” (este fallo y el anterior, con sendas disidencias del autor de este trabajo); sala V, 19-10-2009, SD 71.874, “Repetti, Roberto Fernando c/Roura Cevasa Argentina SA”, con disidencia de la Dra. García Margalejo.

⁹¹ CNAT, sala IV, 15-9-2009, SD 94.298, “Barreto, Graciela Dora c/Omint SA s/Despido”.

⁹² ARESE, César, *Conflictos ligados al ejercicio de las facultades de organización y dirección*, en D. T. 2007-633.

parte, opiné que “parece claro que el hecho de que el empleador estime inconveniente la continuación del contrato con un trabajador que no acepta un cambio en sus condiciones de trabajo, no constituye un criterio de diferenciación odioso. En ese caso, el despido podrá ser considerado a lo sumo injustificado o arbitrario, pero no discriminatorio, a menos que la utilización del *jus variandi* fuera un mero pretexto para segregar al dependiente por razones políticas, gremiales, etcétera”⁹³.

Cabe agregar que en otro caso de “despido represalia” (el del trabajador despedido después de intimar el registro de la relación laboral o la rectificación del registro deficiente), el legislador no ha previsto la nulidad del despido sino el refuerzo de la indemnización (art. 15 de la ley 24.013)⁹⁴, lo que refleja una política legislativa de mantener el régimen de estabilidad impropia frente a este género de cesantías.

7.2. Reconocimiento de indemnizaciones extratarifarias

Como es sabido, la jurisprudencia de los tribunales laborales ha sido tradicionalmente reacia a admitir la procedencia de indemnizaciones por despido adicionales a la prevista en el artículo 245 de la LCT, en la inteligencia de que, en principio, este resarcimiento comprende todo tipo de daño patrimonial o extrapatrimonial originado por la pérdida del trabajo⁹⁵.

Quizás por eso los primeros reclamos de reparaciones extratarifarias por daños derivados de despidos discriminatorios fueron planteados

⁹³ GUISADO, Héctor C., *La acción de reinstalación o mantenimiento de las condiciones de trabajo alteradas en caso de ejercicio ilegítimo del “jus variandi”*, en AA. VV., *La relación de trabajo (libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 343.

⁹⁴ Cfr. TOSTO, Gabriel, *La demanda de restablecimiento y su incidencia en el sistema de estabilidad*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 315.

⁹⁵ Cfr., entre muchos otros, CNAT, sala I, 14-6-2006, “Castaño, Dalia M. c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA”; íd., 29-8-2006, “Zamboni, María Fernanda c/Kraff Foods Argentina SA y otro”; sala IX, 5-12-2003, “Cappello, Alfonso S. c/Ferro Enamel Argentina SA”, D. T. 2004-1073; sala X, 29-6-99, “Campo, Claudia c/Argencard SA”.

ante *tribunales civiles*, pese a que se trataba de casos que claramente correspondían a la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo⁹⁶.

Así, en un preclaro fallo de 1997, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil consideró que resultaba discriminatoria la conducta de la empleadora que llevó a un trabajador portador asintomático del virus del HIV a darse por despedido, por lo que entendió que aquélla debía “resarcir el daño causado, específicamente derivado como consecuencia del comportamiento discriminatorio y que no haya sido resarcido con el pago de la indemnización tarifada, propia del distracto laboral, puesto que a más de éste se ha configurado un ilícito, por violación de la ley antidiscriminatoria, configurándose así un supuesto encuadrable en los preceptos de los artículos 1109, 1067 y concordantes del Código Civil”⁹⁷. En sendas sentencias de 1998 y 1999, la misma Cámara resolvió también que resultaba discriminatorio el despido de trabajadores portadores del mencionado virus y condenó a sus empleadores a abonar indemnizaciones por daño moral, con sustento en la ley 23.592⁹⁸. En otro fallo de 2000, la Cámara Civil consideró que el empleador había incurrido en un acto discriminatorio al despedir a una trabajadora por padecer diabetes e hizo lugar a un resarcimiento por daño moral⁹⁹. En igual sentido se pronunció en 2003 la Cámara Civil y Comercial Federal, en un caso de despido discriminatorio de un trabajador afectado de HIV¹⁰⁰.

⁹⁶ El art. 20 de la ley 18.345 establece que son de competencia de los tribunales laborales de la Capital, entre otras, “las causas entre trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del Derecho común aplicables a aquél”. En el sentido de la competencia laboral respecto de este tipo de demandas: CNCiv., sala G, 25-8-2010, “Corcico, Ubaldo Edgardo c/Universal Music Argentina SA”, L. L. 2010-E-57.

⁹⁷ CNCiv., sala I, 3-4-97, “T., P. c/Editorial Sarmiento SA”, J. A. 1998-I-326.

⁹⁸ CNCiv., sala A, 6-11-98, “B., W. R. c/Establecimiento Agropecuario El Aguara SA CEMA”; sala C, 17-12-99, “M., M. A. c/Bagley SA y otros”, L. L. 2001-E-115, D. T. 2001-A-107.

⁹⁹ CNCiv., sala H, 4-9-2000, “S., J. O. c/Travel Club SA”, DLE XV-825, con nota de Liliana H. Litterio; L. L. 2001-B-196, y D. T. 2001-A-783, con nota de Carlos Pose.

¹⁰⁰ CNFed.CC, sala III, 7-7-2003, “B., H. E. c/Elma SA y otros”, L. L. 2003-E-771. Se trataba de un trabajador que previamente había obtenido, en un juicio laboral, el reconocimiento de su derecho a percibir las indemnizaciones tarifadas de la LCT. En

Luego se fueron sucediendo condenas similares (de reparación por daño extrapatrimonial), esta vez de parte de tribunales laborales, respecto de despidos discriminatorios por motivos gremiales¹⁰¹, religiosos¹⁰², de edad¹⁰³, de embarazo¹⁰⁴, de enfermedad¹⁰⁵, de orientación sexual o de género¹⁰⁶, etcétera.

7.3. *Reinstalación en el empleo*

Mientras tanto, algunos autores comenzaron a esbozar la tesis de que la víctima de un despido discriminatorio podía reclamar la reinstalación en el empleo, con sustento en el artículo 1º de la ley 23.592.

el segundo proceso, la Cámara Federal condenó a la empleadora a abonar, además, resarcimientos por daño material (dado que “se le cerró la posibilidad de ascender, de aportar para una jubilación futura y, lo que es más grave y debido a su enfermedad, con escasísimas posibilidades de obtener un nuevo conchabo”) y por daño moral.

¹⁰¹ CNAT, sala I, 31-5-2010, “Feininger, Romualdo y otros c/Jardín del Pilar SA” (despido por participación en una huelga); sala VI, 15-4-2010, “Mansilla, Mario Guillermo c/Fate SA” (despido por participación en una huelga legal); sala VII, 30-11-2009, “Hospital Británico de Buenos Aires c/Laurenzena, Héctor Leonardo”, L. L. 2010-B-43, con nota de Alejandro Gabet; L. L. 2010-B-602; IMP 2010-6-231 (despido por desarrollo de actividad gremial); íd., 31-3-2011, “R. R., M. A. c/Banco Hipotecario SA”, D. T. 2011-1481; D. J. del 10-8-2011, p. 78; L. L. del 30-8-2011, p. 4, con nota de Enrique Precedo (despido por participación en una huelga legal).

¹⁰² CNAT, sala VI, 13-10-2010, “Garncarz, Pablo Damián c/Telefónica Móviles Argentina SA y otro”, L. L. 2010-F-377.

¹⁰³ CNAT, sala II, 17-9-2009, “Cartolano, Antonio y otros c/Peugeot Citroën Argentina SA”, D. T. 2010-82, con nota de Osvaldo A. Maddaloni.

¹⁰⁴ Trib.Trab. Nº 3 de La Matanza, 13-5-2004, “Correa, Valeria del Carmen c/Cari SRL”.

¹⁰⁵ CNAT, sala I, 16-9-2005, “R., J. J. M. c/Juncal SA Cía. de Seguros”; sala IV, 30-8-2004, SD 89.902, “Orsetti, Ernesto Omar c/Falabella SA s/Despido” (portador de HIV); íd., 17-8-2010, “Chamorro, Elbio Ramón c/La Salteña SA” (padecimiento de enfermedad congénita); sala VI, 19-2-2010, “A., J. L. c/Disco SA”, IMP 2010-7-255, R. C. y S. 2010-VII-197 (portador de HIV); íd., 22-9-2009, “Lazzaro, Aldana c/Benefits SA”; sala VII, 22-12-2009, “R., J. G. c/Sodexho Argentina SA” (trabajador afectado de HIV); íd., 31-3-2011, “R. R., M. A. c/Banco Hipotecario SA”, D. T. 2011-1481; D. J. del 10-8-2011, p. 78; L. L. del 30-8-2011, p. 4, con nota de Enrique Precedo; íd., 28-9-2009, “V., H. G. c/Lekryzon SA y otro”, D. T. 2010-879, con nota de Claudio Aquino (portador de HIV); íd., 4-9-2009, “Moringo, Perla Teresa c/Arimex Importadora SA” (portador de HIV).

¹⁰⁶ JLab. 5ª Nom. de Rosario, 22-6-2007, “M., C. c/D. A. M. y/u otro s/Cobro de pesos”, L. L. Litoral 2007-1126; L. L. 2007-F-441, con nota de Juan Pablo Cifré.

Hasta donde conozco, el primero en sugerir esa alternativa fue Vázquez Vialard, quien, en el año 1997, opinó que no encontraba ningún inconveniente para la aplicación de aquel precepto a las relaciones laborales, “en especial en cuanto establece la posibilidad de decretar la nulidad del acto viciado”. Según su parecer, “el trabajador despedido en esas circunstancias [por un móvil discriminatorio] tiene la posibilidad de accionar por el cobro de la indemnización tarifada del artículo 245, LCT, además de la especial que corresponde en virtud del ilícito en que incurrió el empleador al discriminarlo, o bien solicitar se declare la nulidad de dicha declaración rescisoria y, en consecuencia, el pago de los salarios caídos durante el transcurso del trámite judicial, así como los posteriores a la sentencia firme, en tanto el empleador no se allane al cumplimiento de su obligación: dar ocupación”¹⁰⁷.

Esta tesis, de avanzada para la época, sólo encontró eco en la jurisprudencia cuatro años después (en 2001), cuando la sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al resolver el caso “Stafforini”, consideró que el despido del demandante obedecía a *razones políticas* y declaró la nulidad de la cesantía, pues estimó que la ley 23.952 permitía dejar sin efecto el acto discriminatorio, aun cuando se tratara de un despido dispuesto en el régimen de estabilidad impropia. A criterio del tribunal, el despido discriminatorio es de objeto prohibido (art. 953 del Cód. Civ.) y consecuentemente resulta nulo (art. 1044, Cód. Civ.), por lo que el perjuicio debía ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (arts. 1º, ley 23.592 y 1083, Cód. Civ.)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ VÁZQUEZ VIALARD, *Estabilidad absoluta* cit., p. 1048. En el año 2000, Martínez Vivot expresó su adhesión a esa tesis (MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., *La discriminación laboral. Despido discriminatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, esp. ps. 91 y 117). Sin embargo, en ese mismo año, Rodríguez Mancini, manifestó su opinión adversa “a cualquier intento de reinstalación fundado en la norma del artículo 1º de la ley 23.592, ya que su operatividad se hallaría neutralizada por el sistema de estabilidad estructurado por la LCT, y no puede admitirse que mediante una norma de carácter tan general como la de la ley antidiscriminatoria tuviera el efecto de transformar aquel sistema de la LCT en uno de estabilidad absoluta” (RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Despido en caso de estabilidad gremial*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2001-1, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 191).

¹⁰⁸ CNAT, sala X, 29-6-2001, “Stafforini, Marcelo c/Estado Nacional y otros s/Daños y perjuicios”.

El segundo fallo que registramos en esta línea de decisión fue dictado en 2004 por la sala VI de la misma Cámara en la causa “Balaguer”. El Tribunal estimó que el despido de la actora había sido dispuesto en razón de su actividad sindical y de su vinculación afectiva con un delegado, y consecuentemente ordenó su reincorporación, con sustento en el artículo 1° de la ley 23.592 (según el voto del Dr. Fernández Madrid) y en el artículo 53 de la ley 23.551 (conf. la opinión del Dr. De la Fuente)¹⁰⁹.

Al año siguiente, la sala IX de la mencionada Cámara (en la causa “Greppi”, de 2005) consideró que resultaba discriminatorio el despido de una empleada motivado en la remisión de un e-mail a sus compañeros de trabajo, en el que los instaba a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de otra empresa. A criterio del Tribunal, esa conducta patronal se encuadraba en las previsiones del artículo 1° de la ley 23.592 “por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14, CN)” y, con apoyo en esa norma, dispuso la reinstalación de la demandante.

A partir de estos precedentes fundacionales, se desarrolló una larga serie de pronunciamientos similares, la mayoría de ellos referentes a despidos discriminatorios por motivos sindicales¹¹⁰.

¹⁰⁹ CNAT, sala VI, 10-3-2004, “Balaguer, Catalina T. c/Pepsico de Argentina SRL”, L. L. 2004-C-951; D. T. 2004-775 (con nota de Aníbal Alejandro Segura); IMP 2004-B-2615, y T. y S. S. 2004-689.

¹¹⁰ Cfr., entre muchísimos otros: CNAT, sala II, 15-4-2011, “Morelli, Alejandro c/Pepsico de Argentina SRL”, D. T. 2011-2377 (despido dispuesto ante la comunicación del trabajador de su postulación como candidato a delegado, aunque, en el caso, no tenía estabilidad gremial); sala III, 29-7-2009, “C., M. A. c/Banco de la Nación Argentina”, L. L. 2010-A-3, con nota de Pablo A. Devoto y D. T. 2010-312, con nota de María Paula Lozano (empleado despedido por su participación activa en la agrupación de funcionarios autoconvocados que demandaban el mejoramiento de las condiciones de trabajo); sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplan SA s/Despido”, D. T. 2009-56, con nota de Leonardo Pablo Ferraro, e IMP 2009-23-2041 (despido como represalia por haber sido propuesto como testigo por un compañero en un proceso laboral contra el empleador de ambos); *id.*, 19-3-2010, “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA” (dependiente segregado en virtud de su “opinión gremial”, ejercida al afiliarse a una asociación sindical y mantener su afiliación después de la aparición de un sindicato rival); sala V, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”, IMP 2006-15-1906; L. L. 2006-E-100, con nota de Ricardo J. Cornaglia, y L. L. 2006-E-134, con nota de Jorge Rodríguez Mancini (trabajadora despedida con

El común denominador de estas decisiones es la declaración de *nulidad* de este género de despidos, con la consecuente orden de *reins-talación del trabajador* , acompañada generalmente del apercibimiento de *astreintes* ¹¹¹. En la mayoría de ellos se condenó también al empleador a abonar los salarios devengados (o a devengarse en el futuro) hasta el momento de la efectiva reincorporación¹¹².

motivo del ejercicio de los derechos de libertad sindical a fin de resistir un cambio de horario pretendido por la empresa); íd., 21-12-2006, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA”, L. L. 2007-B-607, con nota de Alejandro Gabet y Emiliano A. Gabet, y L. L. 2007-C-390, con nota de Horacio Schick (despido por motivos antisindicales); íd., 20-12-2007, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria SA”, D. T. 2008-336 (despido de una trabajadora por ejercer derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical); íd., 20-8-2008, “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina SA” (empleada que había instado activamente la acción colectiva tendiente a la mejora de las condiciones de trabajo y al cumplimiento de las normas laborales); íd., 20-4-2011, “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech SA” (despido del trabajador que encabezó un reclamo remuneratorio); sala VI, 15-4-2010, “Mansilla, Mario Guillermo c/Fate SA” (trabajador despedido por haber participado en una huelga legal); sala VII, 5-8-2011, “L., E. M. c/Qualytel de Latinoamérica SA s/Despido” (trabajadora despedida por su estado de embarazo); íd., 13-9-2011, SD 43.785, “L., D. A. y otros c/El Rápido Argentino SA s/Sumarísimo” (empleados despedidos en virtud de su actividad gremial –fundación de una delegación de un sindicato–); sala IX, 18-3-2010, “Espinosa, Raúl Marcos c/Fate SA” (trabajadores segregados por su participación en una huelga legal); íd., 29-3-2010, “Rivero, Mariano Gabriel c/Fate SA”, D. T. 2010-2129, con nota de Claudio Aquino (despido motivado por el ejercicio de una acción de tipo gremial); íd., 28-7-2010, “García, Enrique Horacio c/Ferrovías SA”, L. L. 2010-D-554 (despido del dependiente que llevaba a cabo una trascendente actividad sindical en el gremio opositor al oficial); SCJBA, 22-12-2010, “Villalba, Franco Rodrigo c/The Value Brands Company de Argentina”, D. T. 2011-556, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; L. L. B. A. 2011-177, con nota de Sebastián Serrano Alou, y L. L. 2011-B-347, con nota de Marcelo G. Aquino (trabajador despedido por su actividad sindical).

¹¹¹ Contienen este apercibimiento, entre muchísimos otros: CNAT, sala I, 20-9-2011, “Costa, Christian Ariel c/Transporte Larrazabal CISA s/Juicio sumarísimo”; íd., 31-5-2011, “Albarello, Ángel Omar c/Molinos Río de la Plata SA”; sala V, 20-4-2011, “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech SA”; sala VII, 5-8-2011, “L., E. M. c/Qualytel de Latinoamérica SA s/Despido”; íd., 13-9-2011, SD 43.785, “L., D. A. y otros c/El Rápido Argentino SA s/Sumarísimo”.

¹¹² No ocurrió así en el mencionado caso “Stafforini”. En el primer fallo dictado en esa causa, el Tribunal se limitó a disponer la reincorporación del trabajador (cfr. sentencia citada supra). Ante la desobediencia de la empleadora al mandato judicial, el empleado inició un nuevo proceso en el que reclamó la reparación de los perjuicios

Sin embargo, en los últimos años comenzó a perfilarse una nueva corriente jurisprudencial, que intenta buscar un equilibrio entre el principio receptado por la ley 23.592 (y por otras de jerarquía superior, más arriba reseñadas), según el cual las conductas discriminatorias no deben ser toleradas, con otro principio (también enraizado en nuestro ordenamiento legal y constitucional, como hemos explicado supra) conforme el cual no puede obligarse a las partes del contrato de trabajo a mantener indefinidamente un vínculo que alguna de ellas considera insostenible.

Esta tesis fue desarrollada inicialmente en un meduloso voto (en disidencia parcial) del doctor Ricardo Guibourg. El distinguido magistrado consideró, en síntesis, que “[u]na vez acreditado [...] que el despido, además de ser arbitrario, se halla fundado en motivos especialmente proscriptos por la ley, la norma antidiscriminatoria manda hacer cesar el acto impugnado; pero la estructura del sistema de protección laboral, que [...] tiene fundamento en el equilibrio de las garantías previstas en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional, impide convertir ese cese en una obligación incondicional de mantener en el futuro un contrato que una de las partes considere insoportable”. Consecuentemente, propuso condenar al empleador a abonar al trabajador despedido los salarios caídos y a reincorporarlo a su puesto dentro de un plazo de diez días, “bajo apercibimiento de que a su vencimiento esta segunda parte de la condena se convierta, de pleno derecho, en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones por despido, un recargo por discriminación que, de acuerdo con la gravedad del hecho y las circunstancias de autos, consistirá en un año de salario por aplicación analógica de las normas sobre despido por maternidad o matrimonio”¹¹³.

Esta solución fue receptada luego en un voto (también en disidencia

sufridos a raíz de dicho incumplimiento. La Cámara consideró que “el resarcimiento al cual, indudablemente, tiene derecho el accionante no puede coincidir exactamente con los salarios caídos” y fijó discrecionalmente la indemnización en el equivalente a tres años de salarios –a la fecha de la sentencia habían transcurrido cinco años, siete meses y dieciséis días del despido– (CNAT, sala X, 16-8-2005, “Stafforini, Marcelo R. c/Poder Ejecutivo Nacional y otros”, L. L. 2005-F-745).

¹¹³ CNAT, sala III, 29-7-2009, “C., M. A. c/Banco de la Nación Argentina” –disidencia parcial del Dr. Guibourg–, L. L. 2010-A-3, con nota de Pablo A. Devoto y D. T. 2010-312, con nota de María Paula Lozano.

parcial) del autor de esta monografía¹¹⁴, como así también en diversas sentencias de las salas I y X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo¹¹⁵.

7.4. El fallo “Álvarez c/Cencosud”

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre las consecuencias jurídicas del despido discriminatorio, en el conocido caso “Álvarez c/Cencosud”, de fines de 2010¹¹⁶.

El alto tribunal decidió, según la opinión unánime de la totalidad de sus integrantes, que *la ley 23.592 es aplicable a ese género de despidos* y que, con arreglo a esa normativa, el trabajador que ha sido objeto de un acto de esa índole tiene derecho a una *protección mayor* que la que establece la LCT para los despidos arbitrarios.

Sin embargo, los jueces difirieron en cuanto a *la medida de esa tutela*, pues, mientras la mayoría¹¹⁷ entendió que ella se traduce en la *reinstalación* del empleado en su puesto de trabajo, la minoría¹¹⁸ interpretó que la protección especial se resuelve en el pago de un *resarcimiento agravado* (la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 1º de la ley 23.592, la que contempla la LCT para el caso de despido sin justa causa, y una reparación adicional).

¹¹⁴ Sala IV, 19-3-2010, “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA” –disidencia parcial del Dr. Guisado–.

¹¹⁵ CNAT, sala I, 26-4-2010, “Risso, Carlos Fernando c/Fate SA”, D. T. 2010-1759, con nota de Osvaldo A. Maddaloni (con disidencia de la Dra. Vázquez); íd., 26-10-2010, “Coronel, Mario Eduardo c/Fate SAICI” (con disidencia de la Dra. Vázquez); íd., 21-9-2010, “García, Analía Soledad c/Casino de Buenos Aires SA”, IMP 2011-1-276 (con disidencia de la Dra. Vázquez); sala X, 22-3-2010, “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA”; íd., 30-4-2010, “Muñoz Carballo, Alejandra Noelia c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE”; íd., 28-6-2010, “González, Gerardo Esteban c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE”.

¹¹⁶ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, D. T. 2011-329, con nota de Juan José Etala (h) y L. L. 2011-B-651, con nota de Horacio H. De la Fuente. La doctrina de este fallo fue ratificada luego por la Corte en la causa “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, sentencia del 23-6-2011.

¹¹⁷ Integrada por los Dres. Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

¹¹⁸ Conformada por los jueces Lorenzetti, Highton y Argibay.

El voto mayoritario comienza por delimitar el *thema decidendum*, en el sentido de que la cuestión federal a ser juzgada por la Corte reside en determinar si la ley 23.592 “es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1º resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la CN”.

La mayoría responde afirmativamente a ambos interrogantes.

Con respecto al primero de ellos (la posibilidad de aplicar la ley 23.592 al despido discriminatorio), este voto considera, ante todo, que, conforme resulta del *corpus iuris* integrado por la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de igualdad y prohibición de discriminación “ha alcanzado un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, «puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico», de lo que se sigue que los Estados deben realizar acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, tanto en el plano de la legislación como en el de la interpretación que de ella hagan sus tribunales. Este orden de ideas –continúa diciendo el voto que comentamos– conduce a *descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al plano del derecho individual del trabajo*, ya que: a) no hay nada en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que justifique esa exclusión; b) “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia”; c) la norma en cuestión resulta “por demás apropiada y necesaria” en el ámbito laboral, en tanto la actividad del trabajador resulta inseparable de su persona y, por lo tanto, de su dignidad.

En relación con la segunda pregunta, la mayoría juzga que no existe “incompatibilidad alguna” entre la reinstalación del trabajador víctima de un despido discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del artículo 14 de la CN, que invocaba el demandado con arreglo al caso “De Luca”¹¹⁹. Funda esa conclusión en las siguientes razones: a) “la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe [...] a

¹¹⁹ Ver, *supra*, punto 6.

una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al artículo 17 de la CN y el derecho de propiedad en su nexa con los ‘salarios’ o ‘remuneraciones’ materia de examen en esa oportunidad”; b) el caso en examen, a diferencia de “De Luca”, “no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”; c) en todo caso, el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de “De Luca”, ya que los instrumentos internacionales incorporados por la reforma de 1994 no descartan la reinstalación como forma de reparación de las violaciones del derecho al trabajo; d) por lo demás, la reinstalación “guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados”; e) con arreglo a todo ello, “sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la ‘protección contra el despido arbitrario’ implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación”; f) a la luz del mencionado *corpus iuris* de los derechos humanos, el contenido y alcance de las facultades del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal, y la discrecionalidad de su ejercicio, “en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación”.

La minoría, por su parte, establece como punto de partida de su análisis, que “corresponde analizar el principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador”. Inmediatamente agrega que ese respeto debe tenerse en cuenta, como pauta orientativa, que “la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que no se destruyan recíprocamente”; antes bien, “ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que le dio vida”. El simple enunciado de estas pautas interpretativas permite avizorar, desde el comienzo, que la solución del caso pasa –a criterio de la minoría– por *la armonización y el equilibrio*

de los derechos constitucionales en juego: el del trabajador a no ser discriminado, y el del empleador a contratar libremente (lo que incluye la potestad de *poner fin* al contrato).

A continuación, el voto minoritario se ocupa de delinear el contenido de esos dos derechos. Con respecto al primero de ellos, coincide con la mayoría en que “la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación debe reflejarse en su legislación [...] y en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales”. En cambio, difiere con aquélla en lo referente al alcance del segundo derecho, en tanto considera que la reglamentación que pueda efectuar el legislador de la libertad de contratar “no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quién”. En ese orden de ideas, expresa, en línea con los antes mencionados precedentes “De Luca”, “Figueroa” y “Agnese”¹²⁰, que “no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad– a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia” y que “una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido”¹²¹.

Luego la minoría pasa a analizar la cuestión de la aplicabilidad del artículo 1º de la ley 23.592 al contrato de trabajo y afirma (nuevamente en concordancia con el voto mayoritario) que los inequívocos términos de la norma “no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada”, pues “una conclusión contraria implicaría desconocer la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida por el legislador con su dictado”. Sin embargo, la

¹²⁰ Cfr. supra, punto 6. Los dos primeros fallos aparecen mencionados también en el voto de la mayoría.

¹²¹ También se cita en este voto la doctrina del precedente “Madorrán” (al que igualmente me referí en el punto 6), en el sentido de que en el ámbito privado “rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización”.

minoría disiente acerca del *remedio* que cabe otorgar en caso de configurarse la hipótesis prevista en el referido precepto legal.

Al respecto, distingue (adecuadamente, según el parecer que exprese más arriba)¹²² entre aquellos actos cuyos efectos se proyectan sobre el vínculo laboral sin extinguirlo, de aquellos otros orientados a ponerle fin. En el primer supuesto, el damnificado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente, sin que el tracto de la relación sufra alteración alguna. En cambio, en la segunda hipótesis, es necesario armonizar, como se había anticipado, el derecho del dependiente a no sufrir discriminaciones y la libertad de contratar del empleador, “dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ella genera al trabajador”.

En ese orden de ideas, el voto minoritario señala que la legislación regulatoria del contrato de trabajo resguarda el derecho del empleado a no ser discriminado, “pero lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes”. Al respecto, recuerda que esa legislación específica “contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral”. Los remedios elegidos consisten, en algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador¹²³; en otros, en cancelar, por tiempo determinado, esa posibilidad¹²⁴. Pero en ambos supuestos “la política

¹²² Cfr. punto 3.

¹²³ Se citan los arts. 182 y 178 de la LCT, referentes a los despidos por causa de matrimonio o de embarazo.

¹²⁴ El voto cita aquí los arts. 48 y 50 de la ley 23.551 (que, como dije en el punto 4, otorgan a los representantes gremiales y candidatos una estabilidad propia, pero sólo *pro tempore*) y el art. 177 de la LCT, que “garantiza” a la mujer “el derecho a la estabilidad en el empleo” durante la gestación. Sin embargo, para esta última hipótesis, la ley se limita a hacer más oneroso el despido para el empleador, de manera que no se trata en realidad de un supuesto de estabilidad propia, sino de un caso privilegiado de estabilidad impropia (GUIBOURG, Ricardo A., *La protección de la*

legislativa tiene un componente común; la presunción de que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado” y “[f]uera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa”.

La minoría retoma entonces el tema de la proyección al caso de la ley 23.592, y señala que “en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del Derecho”, esta ley requiere “una aplicación apropiada¹²⁵ que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico” y, por ende, las consecuencias jurídicas del acto discriminatorio “han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino, que como se ha establecido *ut supra*, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado”.

El voto minoritario concluye así que, dada la falta de previsiones expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, “debe acordarse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador”. En tales condiciones, decide que, “ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo¹²⁶, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa”, de manera que “sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a

mujer en la Ley de Contrato de Trabajo, en L. T. XXIV-A-1, y LITTERIO, Liliana H., en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio [dir.], *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II, p. 406).

¹²⁵ Esta “aplicación adecuada” equivale a la “modulación” que postula Rodríguez Mancini (ver *supra*, punto 1).

¹²⁶ Esta salvedad da pie para pensar que dicha solución tendría carácter *alternativo para el empleador*, por lo que, una vez comprobado el carácter discriminatorio del despido, el juez debería declarar la nulidad de la cesantía e intimar al dador de trabajo a reincorporar al trabajador, bajo apercibimiento de que, al vencimiento del plazo respectivo, esa parte de la condena se convierta, de pleno derecho, en la obligación de abonar las indemnizaciones referidas (solución propuesta por el Dr. Guibourg en el voto en disidencia parcial referido en el punto 7.3).

percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el artículo 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182”.

Como anticipé, se advierten coincidencias en ambos votos sobre algunos puntos sustanciales: la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas, la exigencia de que el Estado adopte acciones positivas (tanto por vía de la legislación como del entendimiento que de ella hagan los tribunales) para impedir la, la especial reprobación del despido discriminatorio, la aplicabilidad a este género de despidos (y, en general, a las relaciones laborales) de la ley 23.592, y la necesidad de otorgar a la víctima de un acto de esta índole una tutela superior a la contemplada por la ley laboral contra las cesantías sin causa justificada.

La discrepancia sustantiva se plantea, como señalé más arriba, respecto de *la medida de esa reparación* (reinstalación en el empleo, según la mayoría, o indemnización agravada, según la minoría), diferencia que resulta, a su vez, del método de interpretación constitucional empleado en uno y otro voto.

En efecto, la mayoría emplaza al derecho a la igualdad y no discriminación en un plano más elevado que otros derechos, por lo que estima que debería prevalecer sobre la libertad de contratar del empleador¹²⁷. La minoría, en cambio, acude a la regla tradicional sentada desde antiguo por la propia Corte, en el sentido de que la interpretación de la Constitución Nacional no debe hacerse poniendo frente a frente los derechos y deberes que enumera, para que se destruyan entre ellos, sino armonizándolos dentro del espíritu general que les dio vida¹²⁸.

Asimismo, se observa una marcada diferencia entre ambos votos en torno a la relevancia de la reglamentación legislativa del contrato de trabajo.

En efecto, ya hemos visto que la minoría pone especial énfasis en las soluciones que contiene esa legislación específica para ciertos supuestos de despidos discriminatorios y considera que la ley 23.592,

¹²⁷ Cfr., en especial, el considerando 7º de este voto y la jurisprudencia allí citada.

¹²⁸ Cfr., entre otros, los precedentes citados en el considerando 4º del voto minoritario.

por su carácter “general y transversal a todas las ramas del Derecho” requiere de una “aplicación apropiada” que respete el equilibrio de derechos al que responde el ordenamiento jurídico laboral, gobernado por el principio de estabilidad impropia. La mayoría, en cambio, basa su solución en el marco general constituido fundamentalmente por la Constitución Nacional y el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de esa forma “ignora por completo tanto las normas específicas como el Derecho autónomo, de modo que emite su pronunciamiento como si estos relevantes datos jurídicos no existieran”¹²⁹.

Este modo de resolver de la mayoría, sustentado exclusivamente en normas constitucionales o instrumentos internacionales, no suscitaría objeciones si esas normas avalaran *realmente* la solución a la que aquella arriba. Sin embargo, creo que ello no es así, pues, como antes señalé, existe un consenso unánime en cuanto a que la Ley Fundamental *no asegura a los empleados del sector privado la estabilidad propia* sino la impropia. En cuanto a los pactos y convenios internacionales citados en el voto mayoritario, es evidente que ninguno de ellos considera a la reinstalación como única alternativa de reparación del despido injustificado, sino como una de las consecuencias admisibles¹³⁰. Como lo he intentado demostrar más arriba, la normativa internacional se muestra flexible, pues admite tanto la estabilidad propia como la impropia, según la elección que realice cada país¹³¹. Y demás está decir que esa elección debe ser efectuada por el órgano habilitado para legislar (en nuestro caso: el Congreso) y dentro del marco establecido por el respectivo régimen constitucional que, en nuestro país –reiteramos– sólo contempla para el trabajador privado la estabilidad impropia.

¹²⁹ DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., p. 5.

¹³⁰ Así lo señalan no sólo el voto de la minoría (considerando 17) sino también el de la mayoría (considerandos 7º y 8º). Cfr., en similar sentido: DE LA FUENTE, *La Suprema Corte y el despido discriminatorio* cit., p. 5, y GELLI, María Angélica, *El principio de igualdad y la aplicación de la Ley contra la Discriminación en las relaciones de empleo privado. Los casos “Álvarez” y “Pellejero”*, en J. A., Supl. de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo-Perrot, del 30-3-2011.

¹³¹ Ver punto 5.

7.5. La carga de la prueba del motivo discriminatorio

El tema del acápite merece especial preocupación, tanto desde el punto de vista adjetivo como desde el sustantivo.

En efecto, desde una visión estrictamente *procesal*, la prueba del móvil discriminatorio presenta una *particular complejidad*, pues no se trata de acreditar un hecho, sino más bien *su motivación*, lo cual es harto difícil¹³², máxime cuando, como lo indica la experiencia, el empleador no suele exteriorizar (y menos aún en la comunicación formal de la cesantía) la “causa real” contraria a los derechos fundamentales, que aparece velada bajo la invocación de motivos falsos o, sencillamente, subyace oculta en los despidos sin expresión de causa.

Pero además, desde una perspectiva *sustantiva*, el tema se conecta con la *efectividad* del derecho involucrado (el de igualdad y no discriminación) que, al decir de la Corte Suprema, se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional¹³³.

Ambos enfoques (el adjetivo y el sustantivo) justifican entonces una *atemperación* de las reglas comunes que rigen en materia probatoria, tanto en lo concerniente a la distribución del *onus probandi* como en lo relativo a la apreciación de la suficiencia de la prueba rendida en cada caso concreto.

Sobre esta temática resulta de referencia obligada la doctrina de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Ya en un Estudio General de 1988, la Comisión señaló que “uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto

¹³² DOMÍNGUEZ, Juan Manuel y GARCÍA VIOR, Andrea E., *La carga de la prueba y la discriminación en el despido*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-2, *Discriminación y violencia laboral – I*, p. 349.

¹³³ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”. Cfr. también Andrés Gil Domínguez (*Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y alcances de su efectiva protección*, en L. L. 2011-A-178), quien señala que la mayoría prescinde de la Ley de Contrato de Trabajo como Derecho secundario aplicable y arriba a una solución que proviene directamente de la regla de reconocimiento constitucional.

incurrido, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades [...] lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”¹³⁴.

En un “Estudio” más reciente, el mencionado órgano de control recordó aquellas expresiones e insistió en que “la carga de la prueba puede suponer un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación, ya sea directa o indirecta”. Asimismo explicó que tomaba nota “con interés de que en ciertos países, una vez que las pruebas prima facie y elementales de discriminación son aportadas por el demandante, la carga de la prueba recae en el empleador” y mencionó, a título de ejemplo, la ley federal suiza sobre la igualdad entre hombres y mujeres, que prevé la presunción de la discriminación alegada “siempre que la persona que la invoque la haga aparecer como verosímil”. A criterio de la Comisión, “hacer recaer la carga de la prueba de esta manera puede ser útil para corregir una situación que podría dar lugar a una desigualdad”¹³⁵.

El decreto 1011/2010, que reglamenta la ley 26.485 “de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” remite al primero de esos estudios. En efecto, en su anexo I, dispone que “[e]n los supuestos de denuncia de discriminación por razón de género, resultarán aplicables los principios generales receptados en materia de prueba en el Convenio OIT N° 111 ‘Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación’ sobre discriminación (empleo y ocupación de 1958) y lo expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

¹³⁴ OIT, 1988, Estudio General, *Igualdad en el empleo y la ocupación*, disponible on line en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>.

¹³⁵ OIT, 1988, Estudio General, *Igualdad en el empleo y la ocupación* cit.

de la Organización Internacional del Trabajo, Estudio General sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, 75ª reunión en Ginebra, 1988, así como lo señalado en el Informe Global de la 96ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, N° 198” (reglamentación del art. 6º, inc. d, de la ley citada). La remisión no es del todo clara, porque el convenio al que envía no contiene en realidad ninguna disposición sobre el *onus probandi*, mientras que el Estudio de 1988 y el informe de 2007 son más bien descriptivos que preceptivos. No obstante ello, de estos últimos, pueden extraerse los siguientes criterios: a) existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta¹³⁶; b) el *onus probandi* debería recaer sobre la persona acusada, una vez que se ha determinado prima facie la existencia de un caso de discriminación¹³⁷.

En la jurisprudencia nacional encontramos una diversidad de criterios acerca de la carga de la prueba de la discriminación.

Una corriente (minoritaria y actualmente en franco retroceso) coloca el *onus probandi* en cabeza del trabajador¹³⁸, y extrema el rigor probatorio cuando se reclama la nulidad del despido, en cuyo caso se requeriría una prueba “muy convictiva” y una “apreciación muy exigente” de los elementos aportados, porque se impone suma prudencia en tanto se trata de invalidar un acto con apariencia de derecho, y está en juego la libertad de contratar¹³⁹.

¹³⁶ Cfr., en especial, los párrafos 224 y 225 del citado Estudio General de 1988.

¹³⁷ Cfr. el párrafo 198 de *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, 2007, Informe I (B), Oficina Internacional del Trabajo, disponible on line en http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdad_07.pdf.

¹³⁸ CNAT, sala IV, 11-11-2004, SD 90.086, “Berdina, Hugo c/Peugeot Citröen Argentina SA s/Despido”; sala VIII, 20-5-2004, SD 31.862, “Castia, Ricardo y otros c/Alto Paraná SA y otro”, LNL 2004-18-1295, con nota de Andrea García Vior.

¹³⁹ CNAT, sala I, 9-5-2007, “Macaroff, Estela E. c/Pepsico de Argentina SRL”, IMP 2007-13-1331; D. T. 2007-686; L. L. 2007-E-362, con nota de Paula C. Sardegna;

Sin embargo, la tesis ampliamente prevaleciente, en línea con los postulados de la Comisión de Expertos de la OIT, se inclina (con algunos matices), por una distribución de la carga de la prueba entre ambas partes, con distinta intensidad de esfuerzos.

En ese orden de ideas se ha dicho que no corresponde exigir al trabajador una plena prueba del motivo discriminatorio¹⁴⁰, sino que basta con que éste aporte indicios “razonables”¹⁴¹, “suficientes”¹⁴², “de

sala V, 17-2-2004, “Failde, Carlos A. c/Telefónica de Argentina SA”, L. L. 2004-D-505; íd., 20-12-2007, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria SA” (voto en disidencia de la Dra. García Margalejo), D. T. 2008-336. También en el sentido de que la prueba está a cargo del trabajador y debe ser “convictiva”: STJ de Corrientes, 9-12-2008, “Ledesma, Florencio c/Citrus Batalla SA”, L. L. Litoral 2009-497, con nota de César Bechetti y L. L. Litoral 2009-1211, con nota de Sebastián Serrano Alou; CNAT, sala I, 30-9-2009, “Filliez, Reynaldo c/Indugraft SA”; sala III, 22-2-2010, “Christensen, Viviana S. y otro c/Automóvil Club Argentino”; íd., 28-3-2008, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” (fallo revocado por la CSJN).

¹⁴⁰ CNAT, sala I, 27-10-2009, “Castillo, Marcelo Catalino y otros c/Tyrolit Argentina SA” (voto de la Dra. González); íd., 26-4-2010, “Risso, Carlos F. c/Fate SA”, D. T. 2010-1759, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; sala II, 16-6-2010, “Zulueta, Silvia M. c/BBVA Banco Francés SA”; sala IX, 28-6-2010, “García, Enrique H. c/Ferrovías SA”; SCJBA, 22-12-2010, “Villalba, Franco R. c/Value Brands Company de Argentina”.

¹⁴¹ CNAT, sala I, 27-10-2009, “Castillo, Marcelo Catalino y otros c/Tyrolit Argentina SA” (voto de la Dra. González); íd., 26-4-2010, “Risso, Carlos Fernando c/Fate SA” (voto de la Dra. González), D. T. 2010-1759, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; sala II, 14-7-2011, “Fernández, Macedonio Jorge c/Jockey Club Asoc. Civil s/Despido”; sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam SA”, D. T. 2009-56, con nota de Leonardo Pablo Ferraro, e IMP 2009-23-2041; sala V, 7-12-2007, “G., R. M. c/Consortio de Propietarios del Edificio Malabia 2342/44/46”, D. J. 2008-II-425; íd., 20-8-2008, “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina SA”; íd., 20-4-2011, “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech SA”; CJ de Salta, 8-7-2011, “Chica, Yolanda Isabel c/Asociación Bioquímica de Salta s/Queja por rec. de inconst. denegado”, L. L. NOA 2011-856; STJ de Corrientes, 23-6-2008, “Martínez, María Isabel c/Urbatec SA”, D. J. 2008-II-2147.

¹⁴² CNAT, sala I, 26-4-2010, “Risso, Carlos Fernando c/Fate SA”, D. T. 2010-1759, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; sala II, 16-6-2010, “Zulueta, Silvia M. c/BBVA Banco Francés SA”; íd., 13-7-2011, “Mendoza, Julio Raúl c/Aluar Aluminio Argentino s/Despido” (voto de la Dra. González); sala IX, 28-6-2010, “García, Enrique H. c/Ferrovías SA”; SCJBA, 22-12-2010, “Villalba, Franco R. c/Value Brands Company de Argentina”.

carácter objetivo”¹⁴³, o “serios y precisos”¹⁴⁴, de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental¹⁴⁵, es decir, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél¹⁴⁶. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de elementos que, aun cuando no creen una plena convicción sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, induzcan a una creencia racional sobre su posibilidad¹⁴⁷.

¹⁴³ CNAT, sala II, 7-7-2005, “Cresta, Érica V. c/Arcos Dorados SA”; íd., 23-6-2009, “T., M. A. c/Ecohabitat SA y otro”; D. T. 2010-536, con notas de Juan J. Etala (h) y de Osvaldo A. Maddaloni; Trib.Trab. N° 2 de La Matanza, 15-2-2006, “Villalba, Franco R. c/The Value Brands Company de Argentina SCA”, L. L. B. A. 2006-641.

¹⁴⁴ Trib.Trab. N° 2 de San Isidro, 22-9-2006, “Iglesias, Federico c/Autopistas del Sol SA”, D. T. 2007-707.

¹⁴⁵ Se ha considerado indicio de discriminación (apto para desplazar la carga de la prueba al empleador) el hecho de que el despido se produjo en forma concomitante a que el trabajador comunicara su participación en una delegación gremial (CNAT, sala VII, 13-9-2011, “L., D. A. y otros c/El Rápido Argentino SA s/Sumarísimo”).

¹⁴⁶ CNAT, sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam SA”, D. T. 2009-56, con nota de Leonardo Pablo Ferraro, e IMP 2009-23-2041; sala V, 20-8-2008, “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina SA”; STJ de Corrientes, 23-6-2008, “Martínez, María Isabel c/Urbatec SA”, D. J. 2008-II-2147.

¹⁴⁷ CNAT, sala I, 27-10-2009, “Castillo, Marcelo Catalino y otros c/Tyrolit Argentina SA” (voto de la Dra. González); íd., 26-4-2010, “Risso, Carlos Fernando c/Fate SA” (voto de la Dra. González), D. T. 2010-1759, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; sala II, 30-4-2009, “Marnoni, Eduardo Daniel c/Spicer Ejes Pesados SA”; íd., 13-7-2011, “Mendoza, Julio Raúl c/Aluar Aluminio Argentino s/Despido” (voto de la Dra. González); íd., 14-7-2011, “Fernández, Macedonio Jorge c/Jockey Club Asoc. Civil s/Despido”; sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam SA”, D. T. 2009-56, con nota de Leonardo Pablo Ferraro; IMP 2009-23-2041; sala V, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”, IMP 2006-15-1906; L. L. 2006-E-100, con nota de Ricardo J. Cornaglia; L. L. 2006-E-134, con nota de Jorge Rodríguez Mancini; íd., 21-12-2006, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA”, L. L. 2007-B-607, con nota de Alejandro Gabet y Emiliano A. Gabet; L. L. 2007-C-390, con nota de Horacio Schick; íd., 7-12-2007, “G., R. M. c/Consorcio de Propietarios del Edificio Malabia 2342/44/46”, D. J. 2008-II-425; íd., 20-12-2007, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria SA”, D. T. 2008-336; íd., 20-8-2008, “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina SA”; íd., 20-4-2011, “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech SA”; STJ de Corrientes, 23-6-2008, “Martínez, María Isabel c/Urbatec SA”, D. J. 2008-II-2147; CJ de Salta, 8-7-2011, “Chica, Yolanda Isabel c/Asociación Bioquímica de Salta s/Queja por rec. de inconst. denegado”, L. L. NOA 2011-856; CCCFam. y Trab. de Cruz del Eje, 22-8-2007, “Sosa, Sergio Gabriel c/Municipalidad de Cosquín”.

Una vez probado ese cuadro indiciario, la carga de la prueba se desplaza al empleador, quien debe demostrar que el despido tuvo por causa una motivación distinta¹⁴⁸ y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada¹⁴⁹, es decir que obedeció a causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CNAT, sala VII, 30-11-2009, “Hospital Británico de Buenos Aires c/Laurenzena, Héctor Leonardo”, L. L. 2010-B-43, con nota de Alejandro Gabet y Emiliano A. Gabet; Trib.Trab. Nº 2 de La Matanza, 15-2-2006, “Villalba, Franco R. c/The Value Brands Company de Argentina SCA”, L. L. B. A. 2006-641; SCJBA, 22-12-2010, “Villalba, Franco R. c/Value Brands Company de Argentina”.

¹⁴⁹ CNAT, sala I, 27-10-2009, “Castillo, Marcelo Catalino y otros c/Tyrolit Argentina SA” (voto de la Dra. González); sala II, 7-7-2005, “Cresta, Érica V. c/Arcos Dorados SA”; íd., 21-9-2005, “I., N. E. c/Lamartine SA”; íd., 25-6-2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, IMP 2007-15-1498; L. L. 2007-E-38, con nota de Jorge Rodríguez Mancini; D. T. 2008-891, con nota de Jorge Rodríguez Mancini; íd., 30-4-2009, “Marnoni, Eduardo Daniel c/Spicer Ejes Pesados SA”; íd., 23-6-2009, “T., M. A. c/Ecohabit SA y otro”, D. T. 2010-536, con notas de Juan J. Etala (h) y de Osvaldo A. Maddaloni; íd., 17-9-2009, “Cartolano, Antonio y otros c/Peugeot Citroën Argentina SA”, D. T. 2010-82, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; íd., 14-7-2011, “Fernández, Macedonio Jorge c/Jockey Club Asoc. Civil s/Despido”; íd., 13-7-2011, “Mendoza, Julio Raúl c/Aluar Aluminio Argentino s/Despido” (voto de la Dra. González); sala IX, 28-7-2010, “García, Enrique Horacio c/Ferrovías SA”, L. L. 2010-D-554; íd., 24-9-2010, “Toledo, Martín Adrián c/Empresa Sierras de Córdoba SA”; Trib.Trab. Nº 2 de San Isidro, 22-9-2006, “Iglesias, Federico c/Autopistas del Sol SA”, D. T. 2007-707.

¹⁵⁰ CNAT, sala I, 27-10-2009, “Castillo, Marcelo Catalino y otros c/Tyrolit Argentina SA” (voto de la Dra. González); íd., 26-4-2010, “Risso, Carlos Fernando c/Fate SA” (voto de la Dra. González), D. T. 2010-1759, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; sala II, 30-4-2009, “Marnoni, Eduardo Daniel c/Spicer Ejes Pesados SA”; íd., 13-7-2011, “Mendoza, Julio Raúl c/Aluar Aluminio Argentino s/Despido” (voto de la Dra. González); íd., 14-7-2011, “Fernández, Macedonio Jorge c/Jockey Club Asoc. Civil s/Despido”; sala IV, 31-8-2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam SA”, D. T. 2009-56, con nota de Leonardo Pablo Ferraro; IMP 2009-23-2041; sala V, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”, IMP 2006-1-1906; L. L. 2006-E-100, con nota de Ricardo J. Cornaglia; L. L. 2006-E-134, con nota de Jorge Rodríguez Mancini; íd., 21-12-2006, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA”, L. L. 2007-B-607, con nota de Alejandro Gabet y Emiliano A. Gabet; L. L. 2007-C-390, con nota de Horacio Schick; íd., 7-12-2007, “G., R. M. c/Consortio de Propietarios del Edificio Malabia 2342/44/46”, D. J. 2008-II-425; íd., 20-12-2007, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria SA”, D. T. 2008-336; íd., 20-8-2008, “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina SA”; íd., 20-4-2011,

En algunos fallos se agrega un *ingrediente adicional* a la carga que pesa sobre el empleador, pues se afirma que éste debe probar que esas “causas reales” y ajenas a todo móvil discriminatorio, tuvieron además “entidad suficiente como para adoptar la decisión”¹⁵¹, es decir que tales motivaciones explican “objetiva, razonable y proporcionadamente” por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador¹⁵².

Esta exigencia adicional me parece un tanto excesiva. En efecto, si bien comparto, en líneas generales, el criterio de que el *onus probandi* recae sobre ambas partes¹⁵³, creo que en caso de requerirse al empleador la carga de acreditar (más allá de toda sospecha, es decir en forma indubitable) no sólo la existencia de un motivo no discriminatorio, sino también la *objetividad, razonabilidad y proporcionalidad* de esa motivación, éste debería probar poco menos que la configuración de una “justa causa” de despido en los términos del artículo 242 de la LCT. De ese modo, como advirtió Guibourg, “será inevitable que los despidos arbitrarios se deslicen poco a poco hacia la protección anti-discriminatoria y esta última, paulatinamente privada de su especificidad, acabe por modificar el sistema de estabilidad del Derecho del Trabajo en nuestro país sin que una decisión legislativa así lo haya dispuesto”¹⁵⁴.

“Galimany, Gastón Andrés c/Citytech SA”; sala VIII, 30-11-2007, “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo SA”; íd., 18-11-2008, “Romero, Silvio Hipólito c/Hipódromo Argentino de Palermo SA”; íd., 6-11-2009, “Verón, Julio Héctor c/Spicer Ejes Pesados SA”; íd., 29-3-2010, SD 36.994, “Abelenda, Guillermo Andrés c/CEMIC s/Juicio sumarísimo”; STJ de Corrientes, 23-6-2008, “Martínez, María Isabel c/Urbatec SA”, D. J. 2008-II-2147; TSJ de Santa Cruz, 22-9-2010, “Gallardo Argel, Mirta Viviana c/Hernando, Darío Raúl”; CCCFam. y Trab. de Cruz del Eje, 22-8-2007, “Sosa, Sergio Gabriel c/Municipalidad de Cosquín”; Juzg. de Distrito en lo Laboral 5ª Nom. de Rosario, 22-6-2007, “M., C. c/D., A. M. y/u otro”, L. L. Litoral 2007-1126; L. L. 2007-F-441, con nota de Juan Pablo Cifré.

¹⁵¹ Fallos de la CNAT (salas I, II, IV y V), del STJ de Corrientes, de la CCCFam. y Trab. de Cruz del Eje, y del Juzg. de Distrito en lo Laboral 5ª Nom. de Rosario, citados en la nota anterior.

¹⁵² Fallos de la CNAT (salas I, II, IV y V) y de la CCCFam. y Trab. de Cruz del Eje citados en la nota 150.

¹⁵³ Véase, en ese sentido, mi voto (en disidencia parcial) en CNAT, sala IV, 19-3-2010, “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA”.

¹⁵⁴ Cfr. el voto de Guibourg (en disidencia parcial) en CNAT, sala III, 29-7-2009,

La tesis de la distribución de la carga probatoria sobre ambas partes (aunque con mayores exigencias sobre el empleador) ha recibido recientemente el respaldo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, en el caso “Pellicori”¹⁵⁵, el alto tribunal revocó un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo¹⁵⁶ que colocaba el *onus probandi* exclusivamente en cabeza del trabajador y establecía, además, que la declaración de nulidad del despido “requiere de la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados”. A criterio de la Corte Suprema, en cambio, resultará suficiente, para la parte que afirma la presencia de un motivo discriminatorio, “la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su 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. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica”¹⁵⁷. El Tribunal precisó, asimismo, que esa doctrina

“C., M. A. c/Banco de la Nación Argentina”, L. L. 2010-A-3, con nota de Pablo A. Devoto, y D. T. 2010-312, con nota de María Paula Lozano.

¹⁵⁵ CSJN, 15-11-2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”, D. T. 2011-3231, con nota de Juan José Etala (h), y L. L. Supl. Doctrina Judicial Procesal 2011-20, con nota de Carlos Pose. El mismo día, la Corte se pronunció en igual sentido, mediante remisión al fallo “Pellicori”, en la causa S.589.XLV, “Sisterna, Juan César c/Transtex SA s/Acción de amparo”.

¹⁵⁶ Cfr. fallo de la sala III de la CNAT citado en la nota 139.

¹⁵⁷ Para fundar esta conclusión la Corte recurrió, ante todo, al “corpus elaborado por los comités de derechos humanos”, que resultan “intérpretes autorizados” de los respectivos tratados incorporados a nuestra Constitución. En ese orden, citó observaciones del Comité contra la Discriminación Racial en el sentido de que, en los reclamos o demandas por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado prima facie que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente, y agregó que esos lineamientos también se encuentran presentes en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Discriminación de la Mujer. Asimismo, citó los criterios similares plasmados en estudios generales de la Comisión de Expertos de la OIT (entre ellos, los que reseñé más arriba), en directivas de la Unión Europea, en la legislación y la

“no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido” y que “[t]ampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado”¹⁵⁸.

Este modo de distribución de las cargas probatorias propiciado por la Corte Suprema (y, antes, por la corriente jurisprudencial que reseñamos) es presentado, en general, como una aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica¹⁵⁹, según la cual el *onus probandi*

jurisprudencia de países de esa región, en decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales y de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en una recomendación de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Sin embargo, aclaró que esas referencias al Derecho Comparado no implican “adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos”, sino que “tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que éstos han sido encarados”.

¹⁵⁸ La doctrina del caso “Pellicori” reconoce un valioso antecedente en un voto minoritario de dos jueces del año 1999. Allí se dijo que, cuando se alega la existencia de actos discriminatorios que se traducen en un despido, “el demandante tiene la carga de demostrar que existe, *prima facie*, un caso de discriminación”, mientras que “el demandado asume la carga de demostrar que el actor fue despedido [...] por razones legítimas y no discriminatorias”, lo que a su vez “exige dar razones concretas, claras y razonablemente específicas, que funden esa decisión y que permitan al tribunal concluir que, aun existiendo factores que podrían haber dado lugar a una ilegal discriminación, el empleador hubiese procedido exactamente de la misma manera en ausencia de esos ilegales motivos” (CSJN, 5-10-99, “U., P. C. c/Geddes, Gloria y otros”, L. L. 2000-B-269, voto en disidencia de los doctores Moliné O’Connor y Vázquez; la mayoría declaró inadmisibles el recurso extraordinario mediante la fórmula prevista en el art. 280 del Código Procesal). El voto minoritario recordó también que en el conocido precedente “Fernández, Estrella c/Sanatorio Güemes”, la Corte había hecho aplicación de pautas similares al tratar un caso de discriminación salarial (*Fallos*: 311:1602, voto de los jueces Petracchi y Bacqué).

¹⁵⁹ Cfr., entre otros, ZAMORANO, Eduardo, *El despido discriminatorio por razones gremiales*, en D. T. 2011-1088; BECHETTI, César, *Despido discriminatorio y nulidad en una sentencia: un fallo regresivo, contradictorio y lesivo del Derecho Internacional*, en L. L. Litoral 2009-496; DE DIEGO, Julián A., *La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria*, en L. L. Online. Invocan explícitamente esta doctrina, por ejemplo, los fallos “Castillo”, “Risso”, “Marnoni”,

debe recaer en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas¹⁶⁰.

Para Peyrano, “es explicable dicha línea de pensamiento a partir de que en la especie –al igual que lo que acontece cuando reclama legítima intervención la carga probatoria dinámica– existe una notoria dificultad probatoria en cabeza de una de las partes¹⁶¹, lo que justifica que ésta resulte ‘beneficiada’ con la aplicación de dichos aligeramientos probatorios”. Sin embargo, el autor considera que la solución adoptada en el caso “Pellicori” no puede ser encuadrada como un supuesto de aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica, pues el desplazamiento de cargas probatorias que implica esa doctrina coloca el esfuerzo probatorio en cabeza de quien, de acuerdo a las reglas tradicionales de la distribución del *onus probandi*, no debía soportar esa carga; por otra parte, ese desplazamiento no disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir cada parte, pues tanto el actor como el demandado deben generar una certeza moral plena en el juez acerca de los hechos cuya prueba se encuentra a cargo de ellas. En cambio, en el caso de despido discriminatorio, la presunta víctima “debe asumir un esfuerzo probatorio de baja intensidad y limitado a probar que fue despedida en el marco de una situación que podría dar lugar a que el distracto hubiera sido por trato discriminatorio”, mientras que el empleador “deberá probar cabalmente que el despido no obedeció a discriminación alguna, sino a otros motivos”¹⁶².

En definitiva, Peyrano concluye, en opinión que comparto, que

“Mendoza”, “Fernández Macedonio”, “Cresta” y “Abelenda” (de la CNAT), “Chica” (de la CJ de Salta), y “Villalba” (de la SCJBA), citados en notas anteriores.

¹⁶⁰ PEYRANO, Jorge W., *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en D. T. 1991-B-1034; *Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en L. L. 1996-B-1027; *Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes*, en L. L. del 14-12-2011, p. 10.

¹⁶¹ Así, por ejemplo, la CSJN ha resuelto que “en materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de ‘la carga dinámica de la prueba’ o ‘prueba compartida’, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo” (CSJN, 4-9-2001, “Plá, Silvio Roberto y otros c/Clínica Bazterrica SA y otros”, *Fallos*: 324:2689).

¹⁶² PEYRANO, Jorge W., *Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes*, en L. L. del 14-12-2011, p. 10.

estamos en presencia de un *nuevo instrumento procesal*, al que se podría denominar “de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes”, cuya convalidación proviene no sólo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “sino también de una regla de la sana crítica –la que reza que lo diferente merece un tratamiento probatorio distinto– que justifica igualmente a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y a esta nueva que establece que los esfuerzos probatorios pueden ser diferentes en casos especiales de dificultad probatoria, es decir, que pueden ser desparejos entre sí y distintos de los corrientes”¹⁶³.

8. Conclusiones

a) El derecho a la igualdad es un *derecho fundamental*, reconocido por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes, *a todos los hombres* en general, y *a los trabajadores* en particular. Pero cuando se trata de aplicar a estos últimos normas concebidas con alcance general (como las de la ley 23.592, de represión de los actos discriminatorios), esas normas deben ser objeto de una razonable *adecuación* (o “modulación”), que deje a salvo el ejercicio, por parte de los empleadores, de sus respectivos derechos fundamentales.

b) No existe ningún inconveniente para aplicar la ley 23.592 a los actos discriminatorios desplegados por el empleador *durante la etapa previa a la celebración* del contrato de trabajo o *durante la ejecución* de ese negocio jurídico, ya que en estos casos la ley general no contradice ninguna norma o principio del Derecho del Trabajo.

c) Esa ley resulta, asimismo, aplicable respecto de los *despidos discriminatorios*. Sin embargo, cabe distinguir según cuál sea la actitud que adopte el trabajador afectado. Si éste *consiente la extinción*, es indudable que puede reclamar, además de las indemnizaciones tarifadas que corresponden al despido en sí mismo, el resarcimiento de los perjuicios adicionales (típicamente: el daño moral) derivados de la conducta discriminatoria, con sustento en el artículo 1° de la ley 23.592.

d) La cuestión se torna más dificultosa si el dependiente opta por

¹⁶³ PEYRANO, *Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes* cit., p. 10.

no aceptar el despido y reclama que *se lo deje sin efecto*. Sólo en esta última hipótesis se discute la aplicación de la ley 23.592, dado que en nuestro sistema laboral, el despido sin causa justificada se sanciona con el pago de una indemnización, lo que presupone la validez del acto rescisorio (y, consecuentemente, la extinción definitiva del contrato).

e) A partir de 2001 la jurisprudencia, en general, acepta que el juez puede declarar la nulidad del despido discriminatorio y ordenar la reinstalación del trabajador, lo que conlleva, casi siempre, el pago de los salarios caídos. No obstante ello, existen marcadas discrepancias respecto de los efectos de la eventual desobediencia del empleador a la orden judicial de reintegro. La tendencia mayoritaria se inclina por exigir el cumplimiento *in natura* de esa orden, bajo apercibimiento de *astreintes*. Otra corriente, en cambio, tolera que el empleador se niegue a aceptar la reinstalación, en cuyo caso esa parte de la condena debería convertirse, de pleno derecho, en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones comunes por despido, un recargo por discriminación consistente en un año de sueldos (por aplicación analógica de las normas establecidas por la LCT para los despidos por causa de maternidad o matrimonio). Personalmente he tenido oportunidad de adherir a esta segunda solución, pues configura, a mi juicio, un remedio adecuado para asimilar las disposiciones de la ley general 23.592 con la estructura del sistema de protección laboral, que como vimos se traduce en un régimen de estabilidad impropia, con fundamento en el equilibrio de las garantías previstas en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional¹⁶⁴.

f) En el reciente caso “Álvarez c/Cencosud”, la Corte, por una ajustada mayoría (cuatro votos contra tres) dio un fuerte respaldo a la primera de las tendencias reseñadas precedentemente. Como vimos, todos los jueces del Tribunal coinciden en varios aspectos esenciales: la condena a la discriminación en todas sus formas, la obligación del Estado de adoptar acciones positivas (tanto por vía legislativa como judicial) para evitarla, la aplicabilidad de la ley 23.592 a los despidos

¹⁶⁴ Cfr. mi voto, en disidencia parcial, en el precedente “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA” (citado en las notas 110, 114 y 153).

discriminatorios y la exigencia de brindar al trabajador afectado una *protección especial*. La diferencia estriba, como también expliqué, en *la medida de esa reparación* (reinstalación en el empleo, según la tesis de la mayoría, o una indemnización agravada, según la propuesta de la minoría). Por mi parte, coincido con el voto minoritario en que la ley 23.592 debe ser objeto de una *aplicación apropiada* (o “modulación”) que respete el equilibrio de derechos al que responde nuestro ordenamiento jurídico laboral, y al principio de estabilidad impropia que lo informa, que sólo contempla una reparación agravada para esos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo en un supuesto muy particular (el de los representantes gremiales) y por un tiempo determinado (el que dura la tutela sindical prevista en los arts. 48 y concs. de la ley 23.551).

g) Como se ha visto más arriba, existen fundadas razones, tanto de orden sustantivo como adjetivo, que justifican una *atemperación* de las reglas comunes que rigen en materia probatoria, tanto en lo concerniente a la distribución del *onus probandi*, como en lo referente a la apreciación de la suficiencia de la prueba rendida.

Así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales, y esa tendencia ha sido avalada recientemente por la Corte Suprema en el caso “Pellicori”. Este fallo establece un *reparto de la carga de la prueba sobre ambas partes*, aunque con *diferente intensidad de esfuerzos*. En efecto, el trabajador que invoca el carácter discriminatorio del despido no necesitará probar de manera plena ese móvil, sino que le bastará con la demostración de “hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia”, es decir *indicios* de discriminación que tornen *verosímil* su existencia. Una vez satisfecha esa carga del dependiente, el *onus probandi* se desplaza al empleador, quien deberá probar que el acto impugnado “tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”.

Por mi parte, adhiero a estos criterios, que son similares a los que he propiciado con anterioridad¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Ver mi voto, en disidencia parcial, en el caso “Olguín”, citado en las notas 110, 114 y 153.

A PROPÓSITO DE LA ESTABILIDAD IMPROPIA EN EL DERECHO ARGENTINO DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LOS FALLOS SOBRE REINSTALACIÓN EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN

por **CARLOS ALBERTO LIVELLARA**

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo. III. Su recepción en los textos constitucionales. IV. Su desarrollo en nuestro país antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo. V. Implementación a nivel legislativo nacional. VI. Breve referencia a las regulaciones de índole laboral. 1. La igualdad de trato en la Ley de Contrato de Trabajo. 2. Incorporación del despido discriminatorio por la ley 25.013 (art. 11). VII. La ley 23.592 y su aplicación a las relaciones laborales. 1. Tendencias doctrinarias sobre el tema. 2. Principales orientaciones jurisprudenciales. a) Discriminación en la etapa precontractual. b) Discriminación durante el desarrollo de la relación laboral. c) Discriminaciones al momento de la extinción del contrato de trabajo. 3. La doctrina judicial de la Corte Suprema en el fallo: “Álvarez c/Cencosud SA”. a) Los antecedentes fácticos del caso (hechos). b) Sentencia de primera instancia. c) Sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. d) Dictamen de la Procuración General de la Nación. e) Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. VIII. Reflexiones sobre el tema.

I. Introducción

En los últimos años del siglo pasado y en la primera década del siglo XXI, se ha desarrollado en el ámbito del Derecho Laboral argentino un significativo debate a nivel doctrinario y su proyección jurisprudencial favorable, sobre la posibilidad de aplicar la ley 23.592 (ley antidiscriminatoria) a las relaciones laborales. Ello reviste parti-

cular importancia frente a los casos de despidos que resultan encuadrables en algunas de las causales que determina dicha ley (despido discriminatorio) y sobre la posibilidad del trabajador de acudir judicialmente para que cese el acto discriminatorio (se declare su nulidad) y se disponga su reincorporación al empleo. Pero a la vez, tal proyección lleva al análisis si con ello no se está relativizando la subsistencia del sistema de estabilidad relativa estatuido para los trabajadores del sector privado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Diversos factores o circunstancias han contribuido para que este debate se planteara. Entre otros, hemos de señalar los siguientes:

a) En primer lugar, la reforma constitucional argentina de 1994 incorporó al texto constitucional diversos tratados internacionales de derechos humanos que priorizan la lucha contra todo tipo de discriminación, en los diversos ámbitos de la vida humana (art. 75, inc. 22, CN).

Indudablemente, uno de los aspectos más trascendentes y significativos de la reforma constitucional argentina de 1994 es la constitucionalización de los tratados y declaraciones internacionales, referidos a los derechos humanos¹, al haber incluido un listado taxativo de tales instrumentos en el texto del artículo 75, inciso 22, CN, confiriéndole jerarquía constitucional². Con ello nuestro país se ha incorporado al grupo de naciones, que ha optado por darle *carácter normativo a nivel constitucional al reconocimiento de los derechos humanos*, como una forma de vigorizar su vigencia real, porque evidentemente aquéllos “son la ética social de nuestro tiempo”³.

¹ Se consideran “derechos humanos”, o derechos fundamentales del hombre, a aquéllos derechos que posee todo hombre por el solo hecho de ser tal. Para Plá Rodríguez, ello implica la existencia de dos componentes: a) que es un derecho que pertenece a todos los hombres, o sea, que todo hombre posee por el solo hecho de ser hombre, sin necesidad de ningún calificativo, condicionante o exigencia adicional, y que debe reconocérselo a todos los hombres sin ninguna excepción, y b) que es un derecho que deriva de la condición de hombre por lo que debe ser reconocido y respetado por el propio legislador. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los derechos humanos y la OIT*, en *Revista Derecho Laboral*, t. XXXVII, N° 173-174, enero-junio de 1994, p. 3.

² Conf. LIVELLARA, Carlos A., *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 9.

³ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Algunas precisiones sobre “derechos” y “derechos humanos”*, en E. D. del 10-12-86.

Es que a nivel mundial se asiste *al fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos*, que se manifiesta por la circunstancia de que el Derecho Internacional Público ha incorporado a su ámbito la temática propia de aquéllos, integrando al bien común internacional su contenido, y *ha dado a la persona humana el rango de sujeto del Derecho Internacional*⁴. Para ello fue necesario recorrer un largo camino, de donde, de las primeras declaraciones de derechos humanos abstractas, se pasa a la acción práctica de declararlos y protegerlos en la esfera del Derecho Internacional mediante pactos, tratados o convenciones. Por ello, Bidart Campos puntualiza la distancia que separa una Declaración (francesa) de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en plena revolución y en un lugar determinado (Francia), de una Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, emitida en 1948 por un organismo internacional con representación de los Estados miembros de éste. “En un siglo y medio –señala– se pasa de una dogmatización unilateral y abstracta de los derechos a un texto internacional que, más allá de la discusión acerca de su carácter vinculatorio (o normativo) para los Estados, tuvo el respaldo de las Naciones Unidas y de los Estados que eran parte del organismo hace cuarenta años. Y si vemos que a la Declaración de 1948 le siguieron pactos y tratados internacionales –unos de naturaleza universal, otros regional– que a partir de las ratificaciones exigidas han alcanzado fuerza obligatoria para los Estados adheridos a los respectivos compromisos, podemos afirmar que el Derecho Internacional ha adicionado su cobertura tutelar a los derechos del hombre con relación a la jurisdicción y al Derecho interno de los Estados”⁵.

b) En otro orden, la norma específica laboral que regulaba la protección contra el despido discriminatorio (art. 11, ley 25.013) que rigió desde 1998, fue derogada en el año 2004 por la ley 25.877, creando un vacío normativo que la jurisprudencia ha llenado aplicando las pautas de la ley 23.592.

c) A las dos circunstancias señaladas, hay que agregar el nuevo

⁴ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 38.

⁵ Conf. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos* cit., p. 38.

rumbo jurisprudencial impreso por la Corte Suprema con su nueva integración, que dejando de lado las corrientes “flexibilizadoras” de los años 90 proclama la plena vigencia del principio protectorio del trabajador, receptado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos incorporados al texto constitucional por la reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Así la Corte en el caso “Vizzoti”⁶ ha señalado que “sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el artículo 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6° y 7°), a los que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)”. Y la Corte señala que al respecto, “exhibe singular relevancia el artículo 6° del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el ‘derecho a trabajar’ (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste”. También el máximo tribunal nacional a partir del caso “Aquino”⁷ alude al *principio de progresividad* receptado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, todo Estado parte se “compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1). La norma, por lo pronto, “debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte respecto de la plena efectividad de los derechos de que se trata”.

Dicha tendencia jurisprudencial ha culminado con el pronuncia-

⁶ CSJN, 14-9-2004, “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA SA”.

⁷ CSJN, 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales”.

miento de la Corte de fecha 7 de diciembre de 2010, en el caso “Álvarez c/Cencosud”, en el que el Tribunal por mayoría se expidió sobre la nulidad del despido discriminatorio⁸.

En el presente trabajo hemos de dar algunos lineamientos generales sobre el principio de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo; consideraremos los textos constitucionales aplicables; su desarrollo en nuestro país; la regulación del despido discriminatorio por el artículo 11 de la ley 25.013; la ley 23.592 y su aplicación a las relaciones laborales, para finalmente abordar la problemática específica del despido discriminatorio.

II. Principios de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo

En la evolución de los tiempos, como derivado del principio de igualdad ante la ley, surgió otro principio atinente a las relaciones laborales: el *principio de igualdad de trato*, que en su etapa inicial estuvo referido al trabajo de hombres y mujeres, y que en la segunda mitad del siglo XX se ha encausado más específicamente en su faceta de *evitar todo tipo de discriminación en el empleo*.

En un amplio estudio sobre el tema, Martínez Vivot recuerda que la palabra “discriminación”, como relativa al trato desigual arbitrario, aparece con tal significación en la primera mitad del siglo XX, para señalar actitudes de trato desigual con respecto a determinado grupo racial (comunidad judía en Alemania o respecto a personas de raza negra, en Sudáfrica con el régimen del *apartheid*); luego lo propio respecto al trabajo de la mujer o cuando el tratamiento desigual lo era en razón de la nacionalidad, con los trabajadores migrantes, o con minoría étnicas, etcétera⁹. Sin embargo, recién en la Declaración de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas,

⁸ Recurso de hecho, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, sent. del 7-12-2010, firmada por los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni. En disidencia parcial, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* 2011-2.

⁹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *La discriminación laboral. Despido discriminatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 19.

en 1948, se incluye por primera vez en un tratado la expresión “discriminación”, en el texto del artículo 7º, vinculado con la igualdad ante la ley, señalando que todos “sin distinción” tienen derecho “a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”¹⁰.

Aplicado al ámbito de las relaciones laborales, el principio de igualdad de trato en el contrato de trabajo se traduce en una prohibición al empleador de trato diferenciado *injustificado* de los trabajadores, vedando la discriminación ilícita de los mismos. En un análisis que sobre el tema formula Palomeque López, señala que la noción de *discriminación ilícita* del trabajador contiene dos ingredientes o elementos constitutivos: 1) trato *diferenciado* de un trabajador por el empleador en relación con otro u otros de sus compañeros en la empresa por razón de una circunstancia personal ostentada por aquél (edad, sexo, opinión política, afiliación sindical, etc.). Discriminar traduce la idea de “separar, distinguir, diferenciar” una persona de otra, lo que supone necesariamente una relación comparativa con otros sujetos, de la que se propone extraer una consecuencia diferenciada, particular y distinta, y 2) trato diferenciado de un trabajador por el empleador que resulta además *injustificado*, por reprobado por el ordenamiento jurídico (no toda diferenciación de trato comporta una discriminación ilícita). Consecuentemente, se presenta el trato *diferenciado injustificado*, cuando la diferenciación del trabajador en cuestión, en relación con los demás trabajadores, contiene una vulneración de cualquiera de los derechos constitucionales del mismo. “El trato diferenciado del trabajador –concluye el autor citado– no es así más que el vehículo que porta el verdadero elemento característico de la discriminación ilícita, no otro que la *violación por el empleador de un derecho constitucional en la persona del trabajador*”¹¹.

A su vez, el Convenio N° 111 de la OIT define a la discriminación

¹⁰ MARTÍNEZ VIVOT, *La discriminación laboral...* cit., p. 21.

¹¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *El Derecho Constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo*, ponencia presentada a las II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo, celebradas en Madrid los días 26 al 28-4-83. Publicación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1985, ps. 638/639.

como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por objeto anular la igualdad de oportunidades o de trato”.

Actualmente, el principio de igual trato y de no discriminación en el empleo, que se traduce en la obligación del empleador de tratar de igual manera a los iguales, en iguales circunstancias¹² se presenta como uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo. De ahí la trascendencia que tiene que haya adquirido jerarquía constitucional en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), por cuanto partiendo del presupuesto básico del respeto de la dignidad de los integrantes de la empresa, no se puede lograr esa valorización de la personalidad humana, si no se dispensa igual tratamiento a quienes se encuentren en las mismas circunstancias concretas.

III. Su recepción en los textos constitucionales

En el régimen constitucional argentino, el principio de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones laborales encuentra su consagración en diversas normas, algunas de ellas incluidas ya en el texto originario de 1853. Así, el artículo 16, CN que responde al texto primitivo, afirma el principio de igualdad ante la ley: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, y el artículo 14 bis, incorporado en la reforma de 1957, garantiza el tratamiento igualitario en una materia específica, como es la remuneratoria, al imponer como directiva el principio de “igual remuneración por igual tarea”.

Con la reforma constitucional de 1994, *se amplía el marco de garantías* que aseguran el tratamiento igualitario y no discriminatorio, fundamentalmente por dos vías: en forma directa, con normas expresas que incorpora la reforma, y por vía indirecta, por el contenido de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que revisten

¹² Conf. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *La igualdad de trato y la discriminación en el Derecho del Trabajo*, en D. T. 1997-891. Ver CORNAGLIA, Ricardo J., *La singularidad del Derecho del Trabajo y el trato discriminatorio*, en *Doctrina Laboral Errepar*, N° 204, agosto de 2002, p. 676.

jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 3^{er} párr., CN) o de los convenios de la OIT ratificados por nuestro país, cuyas normas tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, 2^o párr., CN).

En el primer grupo normativo, se incluyen, entre otros dispositivos, el artículo 37 de la CN (nuevo) que garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, y en particular declara la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, y el artículo 75, inciso 23, CN que asigna al Congreso el mandato de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”

En el segundo grupo, en los documentos internacionales incorporados por la reforma constitucional (art. 75, inc. 22, CN), con relación al principio de igualdad de trato y no discriminación, se hacen las siguientes referencias: a) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2^o*: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”; b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1^o*: “Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; c) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5^o*: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2^o de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los que enumera,

entre los que incluye el derecho al trabajo y a su libre elección, y d) en la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, en su artículo 2º se señala que los Estados deberán adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar los derechos que allí se enumeran.

En cuanto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el tema, ratificados por la República Argentina, merecen mencionarse especialmente los Convenios N° 100 relativo a la *igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina* por un trabajo de igual valor (ratificado por decreto-ley 11.595/56) y N° 111, relativo a la *discriminación en materia de empleo y ocupación* (ratificado por ley 17.677). Con relación a este último, el convenio aludido pone en cabeza de los Estados que lo han ratificado la obligación de “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (art. 2º).

IV. Su desarrollo en nuestro país antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo

El principio de la igualdad de trato de los trabajadores, que nació por obra de la elaboración de la doctrina y jurisprudencia de Alemania Federal¹³, fue también expuesto por nuestros tratadistas y receptado por los tribunales laborales, aun antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744), de 1974¹⁴.

¹³ HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H. C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho del Trabajo, Madrid, 1963, p. 164.

¹⁴ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tendencias actuales en el Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1959, p. 107, y *Discriminación e igualdad de trato en el Derecho del Trabajo*, en L. T. 1971-305; KATZ, Ernesto, *La obligación de tratar de un modo igual a los iguales en igualdad de circunstancias*, en *el Derecho del Trabajo*, en D. T. 1958-694, y *El principio del tratamiento igual de los iguales en iguales circunstancias*, en *el Derecho del Trabajo*, en L. T. 1961-5; LÓPEZ, Justo, *El principio de igual remuneración por igual tarea*, en L. T. 1966-593; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Igual remuneración por igual tarea*, en D. T. 1965-132.

No obstante la falta de regulación expresa sobre su obligatoriedad, que llegaría con la LCT, desde la doctrina tradicional se ha considerado que el principio de igual trato y de no discriminación encuentra su fundamento en el deber de buena fe y de previsión del empleador¹⁵.

V. Implementación a nivel legislativo nacional

Con la sanción de la LCT, se incorpora legislativamente el principio del trato igualitario de los trabajadores y la prohibición de hacer discriminaciones (arts. 17 y 81, LCT); además el artículo 172, LCT excluye todo tipo de discriminación en el empleo fundada en razones de sexo o del estado civil de la mujer; el artículo 178, LCT sanciona con una indemnización especial el despido de la mujer trabajadora por razones de maternidad y embarazo, y también se incluyen normas contra el despido de la mujer por causa de matrimonio (arts. 180, 181 y 182, LCT).

A su vez, en la ley 20.392 de 1973, dictada con el objeto de adecuar la legislación nacional al Convenio N° 100 de la OIT, se determina que no podrán establecerse diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor, y luego en la ley sindical, se prohíbe el trato discriminatorio en la relación de la asociación sindical con sus afiliados (art. 7°, ley 23.551).

Posteriormente, merecen destacarse tres hitos en la evolución de las técnicas legislativas tendientes a evitar las conductas discriminatorias en perjuicio de los trabajados. La ley 23.592, de 1988, que si bien es de alcance general, resulta también aplicable a las relaciones laborales; la ley 25.013, de 1998, que introduce en nuestra legislación la figura del despido discriminatorio (art. 11), y recientemente, la ley 25.212, que establece un nuevo régimen nacional unificado de sanciones laborales, incorpora entre las infracciones consideradas “muy graves” a las que deriven de actos del empleador considerados discriminatorios.

Dado que en los párrafos siguientes se analizarán las dos primeras, con relación a la ley 25.212, debe señalarse que incluye entre las

¹⁵ KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 323.

infracciones muy graves a “las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (art. 4º, inc. a, ley 25.212). A su vez, en el artículo 5º se establece que las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de pesos mil (\$ 1.000) a pesos cinco mil (\$ 5.000) por cada trabajador afectado por la infracción.

VI. Breve referencia a las regulaciones de índole laboral

En los párrafos siguientes hemos de referenciar brevemente las principales disposiciones laborales que receptan el principio considerado: a) la igualdad de trato en la Ley de Contrato de Trabajo y b) la incorporación del despido discriminatorio por la ley 25.013 (art. 11).

1. La igualdad de trato en la Ley de Contrato de Trabajo

En la LCT se encuentran diversas disposiciones que resultan aplicaciones concretas del principio de igual de trato y de no discriminación. Por de pronto el artículo 17, LCT “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”, y el artículo 81, LCT, dentro del capítulo de los derechos y deberes de las partes, pone en cabeza del empleador el deber de “dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones”. En el mismo dispositivo se aclara que “se considera que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

La igualdad intentada no desconoce que pese a ser los hombres esencialmente iguales, presentan diferencias accidentales (edad, sexo, situación social, categoría profesional, etc.), que los hacen diferentes unos de otros. El principio de la igualdad de trato se refiere a la comparación en un aspecto específico: con relación a su lugar en la empresa y a su actividad en el establecimiento donde trabaja. Reite-

rando una expresión muy gráfica, no aspira a “una igualdad mecánica, ni fotográfica, ni aritmética”¹⁶, sino a una igualdad relativa, que se debe dar solamente cuando las circunstancias son iguales.

El deber de no discriminar, como obligación del empleador, debe ser compatibilizado con las facultades directrices propias de aquél, sobre la base de pautas objetivas. La LCT consagra el principio de que “el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones”, considerando que existe trato desigual “cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias, fundadas en razones de sexo, religión o raza” (art. 81, LCT). No menciona la nacionalidad, la actividad política o gremial ni la edad, incluidas en la prohibición general de discriminación del artículo 17, LCT.

En la formulación legal de la LCT se han seguido las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación a la interpretación del principio constitucional de la igualdad de remuneración por igual tarea (art. 14 bis), cuando señaló que tal principio “se opone a discriminaciones arbitrarias, como serían las fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no aquellas que se sustentan en motivos de bien común”, como las fundadas “en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero”, para agregar a continuación que “no puede privarse al empleador de su derecho de premiar, por encima de aquellas remuneraciones (las fijadas por convenio colectivo), a quienes revelen méritos suficientes. De lo contrario, no habría manera de estimular al trabajo, la eficacia y la lealtad, con grave detrimento de la justicia”¹⁷.

¹⁶ KATZ, *El principio del tratamiento igual de los iguales en iguales circunstancias, en el Derecho del Trabajo* cit., p. 6.

¹⁷ CSJN, 26-8-66, *in re* “Ratto, Sixto c/Productos Saint”, D. T. 1966-449. La propia Corte en “Estrella Fernández c/Sanatorio Güemes SA”, del 23-8-88 (D. T. 1989-580), ratificó su jurisprudencia anterior en el sentido de que la Ley Suprema se opone al trato discriminatorio fundado en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquél basado en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción al trabajo del dependiente, o sea las razones objetivas que quedaron receptadas en el art. 81 de la LCT (art. 81). En este fallo la Corte avanza en el tema de la actividad probatoria de las partes y considera que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. Así, el trabajador deberá acreditar sus “circunstancias”, y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración del dependiente o a circunstancias de bien común

Como hemos señalado, el principio de la igualdad de trato no significa una completa igualación, sino que se debe aplicar a quienes se encuentren en identidad de circunstancias, con relación a una determinada empresa, que generalmente se presenta entre quienes integran una “unidad técnica o de ejecución” (art. 6º, LCT), salvo que el empleador establezca regulaciones uniformes para varios o todos los establecimientos que componen la empresa. Nada impide que el trato desigual sea a quienes se encuentren en situaciones desiguales (objetivas).

Lo que se quiere evitar es el *trato diferencial arbitrario*, que responde a razones no objetivas, como los ejemplos que dan los artículos 17 y 81, LCT (edad, raza, religión, etc.), resultando discriminatorio (perjudicial) para el trabajador afectado. No se restringen las posibilidades emergentes de las facultades directrices del empleador, sino que se las encauza dentro de pautas objetivas, que eviten la exclusión arbitraria de algún empleado o varios de ellos, de beneficios otorgados a la generalidad del personal.

En definitiva, de las normas consideradas surge que no se impide el “trato desigual en circunstancias desiguales”, sino que se estatuye la igualdad de trato “en identidad de situaciones”, con la exigencia de que la diferencia se justifique en una razón de carácter objetivo (no prohibido) que “responda a principios de bien común”, y que por ende no podrá ser ninguno de los enumerados en el artículo 17. Quien invoca la existencia de un trato discriminatorio cargará con su prueba, sin perjuicio de que la otra parte está obligada a aportar los elementos de juicio (razones objetivas) que desvirtúen la invocación de aquél¹⁸.

debe acreditar estas afirmaciones. Posteriormente, la Corte con su misma integración confirma esta doctrina en la causa “Di Girolano c/Bonafide SA” (14-2-89). Conf. ÁLVAREZ MAGLIANO, M. Cristina y FERA, Mario, *El Derecho del Trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 69.

¹⁸ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 1, p. 151, y SAPPIA, Jorge, en ALTAMIRA GIGENA, Raúl E. (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 1, p. 411. Sobre la aplicación que ha efectuado la jurisprudencia del principio de igual trato y de no discriminación, ver la síntesis de OJEDA, Raúl Horacio, *La discriminación en el contrato de trabajo*, en D. T. 2000-418, donde se referencian las principales orientaciones jurisprudenciales sobre diversos tópicos del tema, entre ellos su aplicación

2. *Incorporación del despido discriminatorio por la ley 25.013 (art. 11)*

Entre las novedades legislativas introducidas por la ley 25.013, se incorporó el *despido discriminatorio* (art. 11), que reconocía al trabajador, a cuyo cargo se encontraba la acreditación del hecho, que haya sido víctima de un distracto por cualquiera de los motivos indicados en la norma como discriminatorios, el derecho a percibir una indemnización tarifada, equivalente a la que establecía el artículo 7° de la ley 25.013 (o sea, la doceava parte de la mejor remuneración, mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o el tiempo de prestación del servicio, si fuere menor, por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días), sin tope, con más un 30% de recargo (art. 11, ley 25.013). Por la directiva fijada en el artículo 5° del mismo texto legal, este dispositivo se aplicaba a los contratos de trabajo celebrados a partir de la vigencia de la ley 25.013, o sea, desde el 3 de octubre de 1998¹⁹.

El texto legal original del artículo 11, sancionado por el Congreso, incluía la consideración del despido como discriminatorio: “el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial”. El PEN, por decreto 1111/98 (B. O. del 24-9-98), observó lo dispuesto en el texto aludido referido a “nacionalidad”, “orientación sexual”, “ideología u opinión política o gremial”. De donde las causales de despido discriminatorio, del artículo 11, ley 25.013 se limitaron a los supuestos de trato discriminatorio originado por cuestiones de “raza, sexo o religión”. Ello no coincide con otras disposiciones de nuestra legislación, como los artículos 17 y 81 de la LCT, que aluden a “motivos de sexo, raza, religión, nacionalidad, políticos, gremiales o de edad”, y la ley 23.592,

en lo relativo a las condiciones laborales; en los despidos o suspensiones; en el caso del trabajador con sida; del trabajador extranjero; en el Estatuto del Peón Rural, y en la Ley de Riesgos del Trabajo. Una consideración especial ha merecido la existencia del trato discriminatorio en la etapa de la selección del personal y que en muchos casos veda a determinados trabajadores el acceso al puesto de trabajo. Ver: HIERREZUELO, Ricardo y AHUAD, Ernesto J., *La falta de incorporación al empleo por cuestiones discriminatorias. Análisis del problema y acciones posibles*, en D. T. 2002-931.

¹⁹ Conf. MARTÍNEZ VIVOT, *La discriminación laboral...* cit., p. 108.

que además de los mencionados, se refiere a “nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, posición económica, condición social o caracteres físicos”. Con la sanción de la reforma laboral de la ley 25.877, vigente desde el 28 de marzo de 2004, entre las normas derogadas se incluyó el artículo 11 de la ley 25.013, referido al despido discriminatorio²⁰.

VII. La ley 23.592 y su aplicación a las relaciones laborales

La ley 23.592 (B. O. del 5-9-88), en su artículo 1º, dispone: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

La primera cuestión a dilucidar es si la ley 23.592, que es de alcance general y posterior a la LCT, resulta aplicable al ámbito de las relaciones laborales. En principio corresponde una respuesta afirmativa, por cuanto de los términos de dicha normativa no surge una exclusión de los supuestos de discriminaciones sufridas por trabajadores en el ámbito de su vinculación laboral²¹.

En cambio, el aspecto controversial está dado por la aplicación de la ley 23.592 al despido discriminatorio, con declaración de nulidad

²⁰ Sobre el artículo 11 de la ley 25.013, ver VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Régimen de indemnización por despido incausado y sanciones con motivo de la ausencia o deficiente registro del empleado*, en *Revista de Derecho Laboral*, Número extraordinario, *La reforma laboral – II. Leyes 25.323, 25.344 y 25.345 y decreto reglamentario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 16. Ver VERA, Viviana Sandra, *Discriminación laboral: hablemos de una indemnización coherente con el daño producido*, en D. T. 2002-1778; RUBIO, Valentín, *Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 239.

²¹ Conf. ETALA, *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 58.

del acto y posibilidad de reincorporación del trabajador afectado por el acto discriminatorio.

Seguidamente nos referiremos a las principales opiniones doctrinarias a favor y en contra de la aplicación de la ley 23.592; formularemos un muestreo de la jurisprudencia sobre el tema y, finalmente, señalaremos cómo ambas corrientes han sido reflejadas en el fallo de la Corte Suprema “Álvarez c/Cencosud”.

1. *Tendencias doctrinarias sobre el tema*

A nivel doctrinario, ya antes de la sanción de la ley 25.013 hubo importantes opiniones a favor de la aplicación de la ley 23.592 también en materia de despido discriminatorio²². Para Vázquez Vialard, la ley 23.592 integra el ámbito propio de la teoría general del Derecho o, si se quiere, de acuerdo con un criterio amplio, el del Derecho Civil y no ve “ningún inconveniente (al contrario, es beneficioso) en que dicha norma se aplique respecto de las relaciones laborales, en especial en cuanto establece la posibilidad de decretar la nulidad del acto viciado”. En consecuencia, considera que “la decisión rescisoria que adolece de ese vicio, no tiene el efecto jurídico deseado: poner fin a la relación”. Por lo tanto, en la medida que el trabajador así lo desee, puede deducir la nulidad de aquélla, o bien, puede confirmarla. Y luego agrega: “esto es factible, en razón de que la causa de la nulidad es relativa, por lo que la persona discriminada puede purgar el vicio (le da validez a la resolución declarada) y optar por reclamar una indemnización que fija el Tribunal (por supuesto, superior a la tarifada que fija la LCT). La citada disposición establece un mecanismo jurídico a fin de preservar la dignidad de las personas que, obviamente, comprende la del trabajador. De esa manera, se configura un régimen de estabilidad absoluta”²³.

Luego de la ley 25.877 de 2004, para una corriente de opinión se considera altamente positiva la derogación del artículo 11 de la ley 25.013 y a partir de dicha derogación, se estima que cualquier

²² Ver MARTÍNEZ VIVOT, *La discriminación laboral...* cit., p. 88.

²³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Extinción del contrato de trabajo. El despido discriminatorio*, en revista *Trabajo y Seguridad Social* 1997-1046.

acto discriminatorio del empleador, prohibido por las normas constitucionales y la ley 23.592 “sería nulo, de nulidad absoluta. Ello sin perjuicio de repararse los daños producidos por la comisión de ese acto de objeto prohibido, que –en el caso del despido– podrían ser los salarios caídos durante el período de inactividad forzosa”²⁴. De donde se admite la procedencia de la reinstalación de un trabajador despedido por un acto discriminatorio.

En cambio, otros autores, como Rodríguez Mancini, señalan que *al momento de la extinción del contrato, resulta incompatible la aplicación de la ley 23.592*, por los dos límites que se reconocen a la aplicación subsidiaria de disposiciones del Derecho común: existencia de regulación específica laboral e incompatibilidad con los principios propios del Derecho del Trabajo. En primer lugar, considera que frente a la rescisión incausada del contrato “el juez tendrá que aplicar la norma especial relativa al resarcimiento tarifado que regula la LCT o, en su caso, el estatuto profesional correspondiente, porque la norma de Derecho común encuentra ocupado el espacio dentro del cual hubiera podido actuar, es decir, el modo de sancionar el incumplimiento del deber del empleador de respetar el derecho fundamental del trabajador. La ley laboral ya lo ha contemplado –incluso mucho antes de sancionarse la ley general–, por lo que ésta no tiene cabida alguna, puesto que de lo contrario no se trataría de una aplicación subsidiaria sino de un reemplazo de la norma especial por la general y esto es francamente contrario a los principios elementales de coordinación normativa en el sistema general del Derecho”²⁵. Y en cuanto al segundo aspecto, el mismo autor afirma que la incompatibilidad con los principios propios de la materia estaría dada por la reinstalación del trabajador despedido, aun contra la voluntad del empleador, lo que además de afectar el derecho de este último a la libre

²⁴ SIMÓN, Julio César, *Derechos fundamentales, no discriminación y la ley de reforma laboral*, en L. L. Supl. especial, Reforma laboral, ley 25.877, p. 57. A su juicio por aplicación de la ley 23.592 que prohíbe todo acto discriminatorio, el mismo tiene objeto prohibido (art. 953, Cód. Civ.), y consecuentemente es nulo (art. 1044, Cód. Civ.), por lo que sin perjuicio de repararse los daños producidos por ese acto nulo se debe reponer al estado de cosas anterior al acto lesivo (art. 1º, ley 23.592 y art. 1083, Cód. Civ.).

²⁵ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 247.

contratación, se enfrenta “con un principio básico del sistema regulador del contrato de trabajo, consistente en la admisión del derecho a la estabilidad relativa, según el cual el empleador siempre puede poner fin al contrato, aun injustificadamente, haciéndose cargo –en tal caso– del pago de una indemnización tarifada, pero sin que pueda objetarse la eficacia de esa medida para disolver definitivamente el contrato. Esto constituye una base central del sistema y, por lo tanto, nada que lo contraríe puede admitirse”²⁶.

Por su parte, Miguel Ángel Piroló en su voto en disidencia en el fallo “Álvarez, Máximo c/Cencosud” de la sala II de la CNAT (25-6-2007)²⁷ señala, entre otros argumentos, los siguientes:

- a) Que en el ámbito de las relaciones regidas por el Derecho Privado, no resulta jurídicamente admisible que, junto con la anulación del acto de despido, la consiguiente condena a la reinstalación en el puesto de trabajo no prevea una limitación temporal a su ejecución compulsiva ni una sanción definitiva para que, frente a la eventual resistencia del empleador a efectivizar la reincorporación, la sentencia pueda ser cumplida de un modo que no implique consagrar la vigencia indefinida de un vínculo contractual cuando una de las voluntades que es inherente a su formación ya no concurre para su mantenimiento.
- b) Que no hay duda de que la formación de un contrato requiere la concurrencia de la voluntad de las partes, y que, cuando el contrato es de ejecución continuada, esta confluencia de voluntades debe subsistir durante el lapso al que se pretenda extender la vigencia del vínculo. Señala que el artículo 897 del Código Civil sólo permite considerar voluntarios a los actos ejecutados con discernimiento, intención y libertad; en tanto el artículo 900 de ese mismo Código priva de todo efecto obligacional a los

²⁶ RODRÍGUEZ MANCINI, *Derechos fundamentales...* cit., p. 248. Para el autor la única excepción de este sistema que registra el Derecho argentino es el caso de los despidos de representantes sindicales adoptados por el empleador, sin el previo juicio de exclusión de la tutela, pero en ese caso la posibilidad de la reinstalación surge de una ley especial, lo que no sucede con la ley 23.592.

²⁷ CNAT, sala II, 25-6-2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, IMP 2007-15 (agosto), p. 1498; L. L. del 23-8-2007; D. T. 2008 (agosto), p. 891, con nota de Jorge Rodríguez Mancini.

realizados sin esas condiciones. Desde esa perspectiva, considera evidente que si la voluntad de las partes es esencial para la formación del consentimiento contractual y, por consiguiente, para el mantenimiento de un vínculo de esa naturaleza durante el tiempo al cual se quiera extender su vigencia, no podría sostenerse la vigencia por tiempo indefinido de un “contrato” cuando una de las partes de cuya autonomía debe emanar la voluntad imprescindible para su formación carece de intención de mantener el vínculo y de libertad para no tenerlo. Estima que, de algún modo, resulta paradójico y contradictorio que pueda sostenerse que una relación de evidente naturaleza “contractual” pueda quedar impuesta por tiempo indefinido por vía de una decisión judicial, contra la voluntad explícita de una de las partes cuyo consentimiento es imprescindible para la formación y subsistencia del vínculo.

- c) Que el despido que se repute efectuado con una finalidad discriminatoria debe ser sancionado, pero no por vía de una condena a la reinstalación en el puesto de trabajo que no prevé una limitación temporal a su ejecución compulsiva ni la sanción definitiva a la que podría dar origen la resistencia del empleador a la reincorporación, para que la sentencia pueda ser cumplida de un modo que no implique consagrar la vigencia indefinida de un vínculo contractual. En otras palabras, independientemente de la indemnización de los daños y perjuicios que, con base en el artículo 1º de la ley 23.592, podría llegar a reconocerse en favor del trabajador que haya sido víctima de un acto de discriminación, entiende que la posibilidad de que, en los términos de esa misma norma, sea dejado sin efecto al acto discriminatorio –y, por consiguiente, se anule el despido– exige que la condena de reinstalación prevea una limitación temporal a su ejecución compulsiva y la sanción definitiva a la que podría dar origen la resistencia del empleador a la orden de reincorporación para que el cumplimiento de la sentencia no implique, en definitiva, la imposición de la vigencia indefinida de un vínculo contractual cuando una de las voluntades que es imprescindible para su formación ya no concurre para su mantenimiento.

- d) Puntualiza que si se admitiera que –al margen de la ley sindical– un trabajador que no tiene mandato gremial ni plazo alguno de tutela, con motivo de un despido discriminatorio derivado de su actividad sindical, pudiera resultar beneficiario de una sentencia que, además de anular el despido, condenara a su reinstalación sin una limitación temporal a su ejecución compulsiva y sin prever la sanción definitiva a la que podría dar origen la resistencia del empleador a la orden de reincorporación (para que el cumplimiento de la decisión judicial no implique imponer la vigencia indefinida de un vínculo contractual), podría darse la paradoja de que llegue a tener una protección superior a la de cualquier delegado o representante sindical porque la tutela otorgada a quienes están amparados por la ley sindical tiene un plazo de vencimiento operado el cual pueden llegar a ser despedidos sin consecuencias.
- e) Concluye que, en el marco del empleo privado, frente a la configuración de un despido que se considere derivado de un acto discriminatorio, en el contexto de las previsiones contenidas en el artículo 1° de la ley 23.592, si bien resulta viable la anulación del acto resolutorio, no resulta jurídicamente admisible la reposición en el puesto sin que la condena incluya una limitación temporal para su ejecución compulsiva ni una previsión destinada a que su cumplimiento no implique imponer la vigencia indefinida de un vínculo contractual, porque la solución que en grado de alternativa prevé el artículo 1° de la ley 23.592 sólo puede ser aplicada de modo que, por esa vía, no se afecten derechos garantizados por otras normas de jerarquía superior como las contenidas en los artículos 14, 17 y 33 de la Constitución. En definitiva, deja en claro que no ha querido decir que no deba sancionarse un acto que se repute discriminatorio, sino que sólo ha intentado puntualizar que, entre las alternativas que prevé el artículo 1° de la ley 23.592, no puede convalidarse una solución que posea evidente aptitud para lesionar otros derechos constitucionalmente garantizados, sino aquella que resulte compatible con las garantías constitucionales mencionadas.

A su vez, Ricardo Guibourg en su voto en disidencia en la causa

“Camusso, Marcelo Alberto c/Banco Nación Argentina” de la sala III de la CNAT²⁸, luego de un minucioso desarrollo del concepto de discriminación, la discriminación en el empleo y la evolución de la estabilidad en el empleo privado de nuestro país, se detiene en los principios en juego y la solución a considerar.

Al respecto señala:

- a) Que un contrato es ley para las partes (art. 1197, Cód. Civ.), pero su cumplimiento sólo se ejecuta coactivamente (mediante embargo, secuestro y eventual remate) cuando se trata de obligaciones de dar. Las obligaciones de hacer, cuando son infringidas, se resuelven en una indemnización por daños y perjuicios (arts. 519 a 522, Cód. Civ.). Seguidamente remarca que el contrato de trabajo ha seguido ese modelo. Aunque muchas de las obligaciones derivadas del vínculo laboral no son de dar, como el salario, sino de hacer, como la prestación laboral, o de no hacer, como la de no sancionar arbitrariamente (arts. 67 y 68, LCT), no revelar secretos (art. 85, LCT) ni ejercer concurrencia (art. 88, LCT), se resuelven patrimonialmente mediante el despido directo sin indemnización, cuando el incumplimiento proviene del trabajador, o del despido indirecto, con indemnización, cuando la falta proviene del empleador. Algunos casos específicos, en los que el incumplimiento del empleador se atribuye a motivos expresamente condenables (arts. 177, 178, 182 y 183, LCT, antes mencionados), conducen a una indemnización adicional agravada sin perjuicio de la subsistencia del despido.
- b) Pone de manifiesto que toda esta tendencia jurídica se encuentra informada por un principio general: el que, con apoyo en el artículo 14 de la Constitución, se opone a obligar a una persona, por culpable que sea, a celebrar un contrato no querido o a mantener un contrato de ejecución continua que ella ha decidido interrumpir, cualquiera sea la consecuencia de orden patrimonial que la insistencia pueda irrogarle.
- c) De acuerdo con lo expuesto, señala que un acto discriminatorio

²⁸ CNAT, sala III, 29-7-2009, “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco Nación Argentina”, T. y S. S. 2009-790.

debe cesar o quedar sin efecto, pero no puede obligarse a las personas, ni aun a las culpables de su propio desacierto, a quedar vinculadas por un lazo que ellas rechacen. Aclara que una excepción a la segunda reflexión es la provista por los artículos 50 y 52 de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales. En ellos se impide al empleador despedir al representante gremial sin acreditar primero la justa causa en un proceso de exclusión de tutela. Sin embargo, esa protección extraordinaria se justifica más por consideración a la libertad de la actividad sindical que en beneficio de los trabajadores individualmente considerados; se halla restringida a los representantes de asociaciones con personería gremial, está limitada en el tiempo y prevé (a elección del propio trabajador) la rescisión del vínculo con una indemnización agravada a cargo del empleador.

- d) Para el autor citado una vez acreditado de este modo que el despido, además de ser arbitrario, se halla fundado en motivos especialmente proscriptos por la ley, la norma antidiscriminatoria manda hacer cesar el acto impugnado; pero la estructura del sistema de protección laboral, que tiene fundamento en el equilibrio de las garantías previstas en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional, impide convertir ese cese en una obligación incondicional de mantener en el futuro un contrato que una de la partes considere insoportable. En consecuencia, concluye que corresponde condenar al empleador a pagar al trabajador despedido los salarios caídos dentro del plazo de diez días y también a reincorporarlo a su puesto dentro del mismo plazo, bajo apercibimiento de que a su vencimiento esta segunda parte de la condena se convierta, de pleno derecho, en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones por despido, un recargo por discriminación que, de acuerdo con la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, podría consistir en un año de salario por aplicación analógica de las normas sobre despido por maternidad o matrimonio.

2. *Principales orientaciones jurisprudenciales*

Hemos de analizar las diversas orientaciones jurisprudenciales te-

niendo en cuenta que la discriminación se presente en la etapa precontractual, durante el desarrollo de la relación laboral o al momento de su extinción.

a) *Discriminación en la etapa precontractual*

a.1) *Derecho a trabajar*

La sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, con fecha 16 de diciembre de 2002, en el expediente “Fundación Mujeres en Igualdad y ot. c/Freddo SA p/Amparo”, condenó a Freddo SA a contratar solamente a mujeres, hasta compensar la desigualdad existente en la empresa, tras detectarse la existencia de una política de selección de personal discriminatoria para el sexo femenino²⁹.

a.2) *No contratación por enfermedades detectadas en el examen de preingreso*

a.2.1) *Diabetes*

Se ha considerado procedente la indemnización del daño moral reclamada por quien fue discriminado al impedírsele el ingreso laboral por padecer diabetes³⁰.

a.2.2) *Sida*

También se declaró procedente la indemnización del daño moral sufrido por el trabajador que, por portar el virus del sida, no fue incluido en el personal transferido de una empresa a otra, ya que la demandada tuvo conocimiento de la posible afección del virus de inmunodeficiencia humana que aquél padecía, y no se demostró que hubiera estado incapacitado para el trabajo, ni que existiera alguna razón de índole técnica, administrativa, laboral o personal para excluirlo del traspaso³¹.

²⁹ L. L. 2003-B-970.

³⁰ CNCiv., sala H, 4-9-2000, “Sendoya, Josefina O. c/Travel Club SA”, L. L. 2001-B-196; D. T. 2001-A-783, con nota de Carlos Pose.

³¹ CNCiv., sala F, 4-8-2005, “F., V. H. c/Fiat Auto Argentina SA”, D. J. 2005-3-1172; L. L. del 15-12-2005, p. 1.

En ambos casos, como se ve, se declaró la procedencia del daño moral y fue competente la justicia civil.

b) *Discriminación durante el desarrollo de la relación laboral*

b.1) *Exclusión del trabajador de percibir una retribución adicional por prestar servicios los sábados y domingos*

Para la sala X de la CNAT, el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (arts. 14 bis y 16) y por la ley (arts. 81, LCT y 1º, ley 23.592); además de ser nulo (art. 1044, Cód. Civ.), produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056, Cód. Civ.), motivo por el cual, al causarse un daño consistente en el pago de remuneraciones inferiores a las debidas, el perjuicio debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083, Cód. Civ.)³².

b.2) *Discriminaciones que habilitaron el despido indirecto del trabajador*

Se ha admitido como justificado el despido indirecto dispuesto por el trabajador y como contrario al principio de no discriminación por parte del empleador que luego de la licencia por enfermedad de aquel se negó a reincorporarlo a sus tareas, pese a no haberse probado que el actor estuviera incapacitado para desempeñarlas, a consecuencia de padecer el virus HIV³³.

c) *Discriminaciones al momento de la extinción del contrato de trabajo*

c.1) *Con reconocimiento sólo de daño moral*

c.1.1) *Sida*

A partir de la constatación de que el despido se motivó al comprobarse que el actor era portador asintomático del virus de la inmunodeficiencia humana, lo que se consideró que constituye un acto dis-

³² CNAT, sala X, 29-6-99, “Campo, Claudia Graciela c/Argencard SA s/Diferencias de salarios”, expte. 12366/96 (8650), sent. 6591.

³³ CCCom. de Mar del Plata, sala II, 10-8-2000, “S/N c/M., SACIF”.

criminatorio, concretado a raíz de una condición relacionada con su estado físico, carente de fundamento y por consiguiente arbitrario, menoscabante de su derecho de trabajar, que ha merecido el repudio de nuestra legislación vigente (conf. leyes 23.592 y 23.798, su decreto reglamentario 1244/91 y arts. 43 y 75, incs. 19 y 22 de la Constitución Nacional) se concluye que tal conducta le ha ocasionado un daño moral resarcible³⁴.

En igual sentido, se ha declarado procedente otorgar una indemnización por daño moral a un trabajador, toda vez que se tuvo por acreditado que la verdadera razón del despido dispuesto por la empleadora no fueron las faltas graves que le imputara en el telegrama rescisorio, sino que se debió a que ya tenía conocimiento de que era portador de HIV y por tal razón fue discriminado cuando se rescindió el vínculo³⁵.

c.1.2) *Diabetes*

También se ha señalado que el artículo 2º de la ley 23.753 determina que la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado, a lo que se debe agregar que el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo –complementado por los artículos 81, 172, 180, etcétera– prohíbe todo acto de discriminación en el ámbito laboral. Por ello se señala que “los actos discriminatorios son inconstitucionales. A la vez, en la medida que su aplicación cause un daño, la víctima tiene derecho a su reparación”³⁶.

c.2) *Con reincorporación del trabajador*

A partir del año 2001, se fueron conociendo diversos pronunciamientos judiciales, en los que se nulificó el despido por razones discriminatorias haciendo aplicación de la ley 23.592, y se ordenó la reincorporación del trabajador.

³⁴ CNCiv., sala A, 6-11-98, L. 187.622, “B., W. R. c/Establecimiento Agropecuario El Aguara SA CEMA s/Daños y perjuicios”.

³⁵ CNAT, sala I, 28-12-2006, “M., M. A. c/Cinemark Argentina SA”, L. L. del 28-3-2007, 7; L. L. 2007-B-574.

³⁶ Del voto en mayoría del Dr. Kiper (CNCiv., sala H, 4-9-2000, L. 288.372, “S. J. O. c/Travel Club SA s/Daños y perjuicios”).

El primer caso que se pronunció en tal sentido fue el fallo de la sala X de la CNAT en los autos “Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social-Administración Nacional de la Seguridad Social s/Acción de amparo”, del 29 de junio de 2001, que tuvo por acreditada una discriminación por razones políticas, para nulificar el despido con los siguientes argumentos: 1) el acto discriminatorio del actor está vedado por el artículo 1º de la ley 23.592, que no sólo debe ser respetado por los particulares, sino también por el Estado; 2) si bien es cierto que la Ley de Contrato de Trabajo descarta cualquier sistema de estabilidad propia, la cuestión a debatir en el caso es la posibilidad de nulificar un acto del empleador alcanzado por el artículo 1º de la ley 23.592, y 3) la ley 23.592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, aun cuando se trate de un despido dispuesto en régimen de estabilidad impropia³⁷.

Con igual orientación se pronunció la sala VI de la CNAT, el 10 de marzo de 2004, en los autos “Balaguer, Catalina T. c/Pepsico de Argentina SRL”, en los cuales se dispuso ordenar la reincorporación en su puesto de trabajo de una trabajadora afectada por un despido discriminatorio –en el caso, por ser la mujer de un delegado gremial–, y en consecuencia condenar al empleador a pagar los salarios caídos hasta su efectiva reinstalación, toda vez que la ley 23.592 establece que el acto discriminatorio debe cesar y la única forma de reparar un despido discriminatorio consiste en volver las cosas al estado anterior al acto lesivo, reinstalando al trabajador despedido en su puesto (del voto del Dr. Fernández Madrid)³⁸.

³⁷ CNAT, sala X, 29-6-2011, “Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social-Administración Nacional de la Seguridad Social s/Acción de amparo”. Se consideró que la denuncia del vínculo dispuesta por la empleadora obedeció a motivaciones políticas y, por lo tanto, discriminatorias, por cuanto en la entrevista realizada por el diario *Clarín* a las autoridades de la demandada (quienes tomaran la iniciativa de separar al demandante), no deja lugar a dudas en ese sentido, ya que afirmó que los despidos producidos (se está refiriendo a aquellos entre los cuales se encontraba el del accionante) se produjeron a consecuencia de que “...con esta conducción terminó la etapa del Menem-cavallismo en la Anses, en la que hubo buenos profesionales para el modelo y el cavallismo. Ahora empezó un gerenciamiento nuevo y, aun siendo buenos profesionales, llegó el momento de pedirles la renuncia...”

³⁸ CNAT, sala VI, 10-3-2004, “Balaguer, Catalina T. c/Pepsico de Argentina SRL”, L. L. del 19-8-2004, p. 9, con nota de Ricardo J. Cornaglia; L. L. 2004-C-951; D. T.

A su vez, la sala IX de la CNAT dictó sentencia el 31 de mayo de 2005, en autos “Greppi, Laura K. c/Telefónica de Argentina SA”, considerando discriminatorio el despido de la actora por cuanto el desencadenante del mismo fue la misiva que por vía e-mail remitiera la accionante a sus compañeros de trabajo instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de otra empresa, se verifica un presupuesto eficaz para activar el dispositivo previsto en la ley 23.592 –dirigida a penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos–, pues constituye una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas³⁹.

Otro pronunciamiento relevante sobre el despido discriminatorio fue emitido por la sala V de la CNAT en los autos “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA s/Acción de amparo”, que hizo lugar al reclamo de la actora, declarando la nulidad de su despido por considerarlo discriminatorio, condenó a la demandada a reincorporarla, y a abonarle una suma de dinero en concepto de daño material (abarcativo de los salarios devengados desde la fecha del despido y hasta la efectiva

2004 (junio), p. 775; L. L. 2004-C-951. En este fallo el Dr. Fernández Madrid invocó la aplicación de la ley 23.592; en cambio, De la Fuente, como estaba vigente la ley 25.013, fundó la reinstalación en el art. 53, incs. e, y j, de la ley 23.551. Al respecto, el primero señaló que “el despido discriminatorio, en el régimen de la ley 23.592 y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, tiene como rango distintivo que la discriminación debe ‘cesar’ y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia”, agregando que “el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional, en sus artículos 14 bis y 16, y por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044, Cód. Civ.) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056, Cód. Civ.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083, Cód. Civ.)”.

³⁹ CNAT, sala IX, 31-5-2005, “Greppi, Laura K. c/Telefónica de Argentina SA”, D. J. 2005-3-998; D. T. 2005 (octubre), p. 1476. El Tribunal señaló que “asimilado por influjo del citado art. 1º de la ley 23.592 el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema”.

reincorporación) y moral (que fijó en \$ 5.000). Para el Tribunal, se trató de una discriminación gremial o sindical, en razón de que la actora (no alcanzada por el régimen de tutela de la ley 23.551), llevó a cabo actos de ese tipo, tendientes a resistir una modificación de la jornada dispuesta unilateralmente por el empleador en el sector donde cumplía sus tareas⁴⁰.

También, debe señalarse que la sala IV de la CNAT, en los autos “Lescano, Víctor c/INGeplan SA s/Despido”, con el voto del doctor Zas al que se adhirió la doctora Ferreiros, dispuso la nulidad del despido y la reinstalación del actor por considerar que fue víctima de un acto discriminatorio al ser despedido después de haber prestado declaración testimonial en el juicio de un compañero de tareas contra la empresa⁴¹.

Por último, es de destacar el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en autos “María Mabel Pellejero s/Amparo

⁴⁰ CNAT, sala V, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”, L. L. del 7-7-2006, p. 7; L. L. 2006-D-217; D. J. del 19-7-2006, p. 880. Se meritó que el hecho de que la actora haya sido una permanente luchadora y activista por los derechos propios y de los demás trabajadores, durante los años en los que trabajó para la demandada, no basta para descartar los indicios de discriminación antisindical del despido, pues una decisión empresaria dirigida a sancionar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador puede adoptarse en respuesta a una determinada actuación de aquél, pese a no haberse tomado en el caso de otras actuaciones anteriores o puede adoptarse en el momento en que la acción del trabajador alcanza una dimensión o intensidad determinadas, pese a no haberlo hecho en fases iniciales o anteriores del mismo proceso reivindicativo (del voto del Dr. Zas). Para CONFALONIERI (h), Juan Ángel, *Comentario al artículo 17 de la LCT*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. I, p. 603, los puntos salientes de la sentencia fueron los siguientes: a) la prueba de la discriminación; b) la posibilidad de nulificar el despido (discriminatorio), aplicando una norma de Derecho general. El primer punto ha sido el que en realidad dio lugar a divergencia de opiniones en los magistrados. La Dra. García Margalejo (en minoría) rechazó la demanda, por entender que la actora no había demostrado, en forma clara, la discriminación gremial alegada. Por su parte, el Dr. Zas, con adhesión del Dr. Simón, entendió que la actora había probado ciertos hechos a los que consideró como indicios razonables de una posible discriminación de tipo sindical, los cuales no llegaron a ser contrarrestados por prueba de la demandada, a quien le correspondía aportar elementos tendientes a dejar en claro que el despido de la actora se había apoyado en causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, y con entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual.

⁴¹ CNAT, sala V, 31-8-2009, “Lescano, Víctor c/Ingeplan SA p/Despido”.

s/Apelación” que hizo lugar, por mayoría, al recurso presentado por la actora y ordenó su reincorporación al Banco Hipotecario por entender que su despido conformó un acto de discriminación⁴². La actora, encargada de la Sucursal Viedma del Banco Hipotecario SA, fue despedida por el Banco por considerar que le facilitó un beneficio crediticio a su hermano en forma indebida sin atender a las constancias administrativas. Para el Banco la situación le “generó un menoscabo de la confianza hacia ella” y la despidió el 16 de enero de 2004 en los términos del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744. La actora presentó un amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, contra el Banco Hipotecario SA, por considerar que al despedirla la entidad violó el artículo 1° de la ley 23.592, de actos discriminatorios, ya que se adoptó esa decisión por su participación política en la Asociación Bancaria y dado que su marido es secretario general de la Seccional Viedma de la Asociación. El juez de grado hizo lugar a la cautelar solicitada y ordenó la reincorporación provisoria y en forma inmediata a su trabajo, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos “por haber sido despedida discriminatoriamente y en aplicación del principio *in dubio pro operario*”. El Tribunal Superior entendió que “no existe un procedimiento específicamente reglado y tampoco se percibe que las vías alternativas o paralelas puedan erigirse en esta circunstancia en un remedio judicial más idóneo” por lo que habilitó tratar el amparo, entendiendo que la única “norma nacional aplicable al caso de autos es la ley 23.592”. Los jueces afirmaron que la ley 23.592 opera como garantía del pleno ejercicio de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y agregan que la protección antidiscriminatoria es conforme a la tradición legislativa ya contemplada originariamente en los artículos 17, 81 y 172 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, considerando el derecho a trabajar libremente, garantizado por el artículo 14 de la CN, y por otro lado la protección contra el despido arbitrario (cf. art. 14 bis, CN), ya que justamente la ley 23.592 establece como condición de su protección que exista un acto arbitrario. Por eso confirmaron la resolución impugnada, dando por acreditado el despido de

⁴² STJ de Río Negro, 2-6-2005, “María Mabel Pellejero s/Amparo s/Apelación”, expte. 19.872/04, inédito.

la actora por un acto discriminatorio y dejaron firme la medida cautelar por la cual el juez de grado pidió su reincorporación hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada. Contra tal pronunciamiento el Banco demandado dedujo recurso extraordinario ante la Corte Suprema, que lo declaró procedente y dejó sin efecto la sentencia apelada. En tal decisorio la Corte puntualiza que el desarrollo argumental del pronunciamiento recurrido partió de la premisa de que el despido dispuesto por la institución bancaria importó un “acto discriminatorio”, en perjuicio de la actora, que encuadraba en el marco normativo de la ley 23.592. Sin embargo, considero que a diferencia de lo que resulta del pronunciamiento dictado en el expediente “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, en ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo. Además, señala que la falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda ha quedado claramente en evidencia en el transcurso de la audiencia pública celebrada ante el Tribunal, especialmente a través de las respuestas dadas por el representante de la actora a las diversas preguntas que le fueron realizadas⁴³.

3. *La doctrina judicial de la Corte Suprema en el fallo: “Álvarez c/Cencosud SA”*

El 7 de diciembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al emitir su pronunciamiento en los autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la nulidad del despido de los actores con fundamento en la ley antidiscriminatoria 23.592, ordenando su inmediata reincorporación a los respectivos puestos de trabajo.

Dada la trascendencia de este fallo, en materia de despido discriminatorio, hemos de reseñar brevemente los antecedentes fácticos del

⁴³ CSJN, 7-12-2010, “Pellejero, María Isabel”.

caso (hechos); la sentencia de primera instancia; su confirmación por la sala II de la CNAT; el dictamen de la Procuración General de la Nación y el fallo de la Corte, con referencia a los principales argumentos vertidos por la mayoría y minoría del alto tribunal.

a) *Los antecedentes fácticos del caso (hechos)*

Los actores se desempeñaban en la empresa “Cencosud” como personal fuera del convenio del Sindicato de Empleados de Comercio (CCT 130/75), con la categoría de asesores. Como el sindicato respectivo les había negado su afiliación, decidieron constituir un nuevo sindicato denominado “Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio” e integraron su Comisión Directiva. Luego, el 30 de marzo de 2006, dicha asociación gremial se inscribió en la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo.

El 25 de octubre de 2006, el presidente de la Comisión Directiva intimó a la empresa “Cencosud” al pago de diferencias salariales. Posteriormente, el 16 de noviembre de 2006 el gerente de operaciones de la empresa mencionada obtuvo una lista del personal que integraba la Comisión Directiva.

El 22 de noviembre de 2006 los mismos fueron despedidos sin causa y en ese contexto los trabajadores afectados consideraron que los despidos se debían a la constitución del sindicato. Ante tales antecedentes, los actores promovieron reclamo judicial contra “Cencosud” mediante proceso sumarísimo en procura de la reinstalación en los puestos de trabajo.

b) *Sentencia de primera instancia*

La sentencia de primera instancia admitió la pretensión de los accionantes, efectuada en el marco de una acción sumarísima fundada en la ley 23.551, declaró nulo los despidos y ordenó la reinstalación en los puestos de trabajo.

Al efecto tuvo por acreditada la conducta discriminatoria de la empleadora de despedir a los actores como represalia por la creación de una entidad sindical, a partir de la situación de rebeldía de la accionada que no contestó la demanda ni ofreció prueba y los dichos

de los testigos, con lo cual entendió configurada la discriminación por motivos sindicales alegada por los actores e hizo lugar a la reinstalación por aplicación de la ley 23.592.

La sentencia fue apelada por la demandada.

c) *Sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*

El 25 de junio de 2007, la sala II de la CNAT resolvió –por mayoría– confirmar la sentencia recurrida⁴⁴.

La doctora González en su voto considera que no se cuestiona que el sindicato de empleados jerárquicos de comercio carecía de personería gremial al momento del distracto y que los integrantes de su comisión directiva no gozaban de la tutela especial establecida en los artículos 48 y 52 de la ley 23.551, por lo que “no cabría admitir la viabilidad de la pretensión a la luz de lo previsto por el artículo 47 de la ley mencionada, toda vez que el despido dispuesto por la accionada no puede calificarse como comportamiento antisindical en los términos previstos por esa norma”.

Por ello señala que “la decisión que admite la pretensión no se ha basado en la interpretación de dicho dispositivo legal, sino en lo normado por la ley 23.592 que tiene un espectro mayor, ya que en su artículo 1º habilita a dejar sin efecto conductas discriminatorias de variada tipología, de entre las cuales no pueden excluirse las que se motivan en la actividad reivindicatoria de tipo sindical”. Al efecto aclara que si bien en la demanda no hay una cita concreta de la ley 23.592, concuerda con la opinión del dictamen del fiscal general en el sentido de que se trata de un supuesto de *iura novit curia*, habilitando al magistrado a disponer la norma que se debe aplicar a la dilucidación del caso.

También afirma que “la decisión patronal pugna con las directivas que emergen de los Convenios N° 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical (ratif. por ley 14.932) y del Convenio OIT N° 111 sobre discriminación, empleo y ocupación (ratif. por ley 17.677), ya que los

⁴⁴ CNAT, sala II, 25-6-2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, IMP 2007-15 (agosto), p. 1498; L. L. del 23-8-2007; D. T. 2008 (agosto), p. 891, con nota de Jorge Rodríguez Mancini.

actores al ser despedidos fueron objeto de una arbitraria discriminación por causa de su actividad gremial y, por lo tanto, aparece violentada la garantía contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal en el artículo 75, inciso 22 de la CN, basados en el principio de igualdad ante la ley”.

En consecuencia, se pronunció por que “corresponde mantener la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos”.

Con relación a la indemnización por daño moral, coincidió con lo resuelto en primera instancia que ordenó que las sumas depositadas a favor de los reclamantes en ocasión de operarse el distracto (indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT) sean computadas como pagos a cuenta de los salarios devengados desde el acto nulo y hasta la efectiva reincorporación y que en el caso de existir excedentes se imputaran al resarcimiento del perjuicio moral alegado.

El doctor Maza adhirió al voto de la doctora Graciela González, con lo que quedó configurada la mayoría necesaria para la validez del decisorio. En cambio, el doctor Pirolo dejó sentada su disidencia, que ha sido reseñada en este trabajo al aludir a la doctrina sobre el despido discriminatorio.

La sentencia fue apelada por la demandada mediante recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación en queja.

d) *Dictamen de la Procuración General de la Nación*

El 1° de abril de 2009, la señora procuradora fiscal emitió dictamen señalando que correspondía rechazar la queja y el recurso extraordinario y confirmar la sentencia recurrida.

Afirmó –entre otros aspectos– que “en autos se decidió aplicar la ley 23.592 porque los presupuestos fácticos alegados daban cuenta de la existencia de una discriminación arbitraria y en virtud del principio *iura novit curia* correspondía a los jueces la calificación jurídica de los hechos”.

También puntualizó que “se hizo mérito de que la demandada no compareció a contestar la demanda y fue declarada rebelde, en una

resolución que no fue impugnada, que lleva implícita la presunción de la veracidad de los hechos expuestos en el escrito de la demanda”.

e) *Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Con fecha 7 de diciembre de 2010, la Corte resolvió por *voto dividido* –4 a 3– hacer lugar a la queja, admitir el recurso extraordinario deducido y confirmar la sentencia apelada.

e.1) *Fundamentos del fallo*

Los argumentos formulados en los considerandos del fallo por la mayoría, integrada por los doctores Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, los hemos de resumir en los siguientes puntos:

1. Señalan que la cuestión federal a ser juzgada por la Corte reside en *determinar si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada*, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1º resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, y que tales cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran *los dos ámbitos del Derecho Constitucional de los derechos humanos* que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

En tal sentido, puntualizan que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de este que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, CN), citando dichos tratados y demás instrumentos internacionales a tener en cuenta (considerandos 2º y 3º).

2. Ponen de relieve que *el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al “jus cogens”, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”*. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “Derecho Internacional general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.

Afirman que el principio, así considerado, acarrea, naturalmente, *obligaciones “erga omnes” de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares*. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el Derecho Privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos (considerando 4°).

3. *Descartan de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo*, por tres razones: Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos” (*Condición jurídica y derechos de los migrantes* cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito.

En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es *una especificidad* que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, *está constituida nada menos que por la actividad humana*, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (“Pérez, Aníbal Raúl c/Disco SA”, Fallos: 332:2043, 2054) (considerando 6°).

4. Afirman que *tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del artículo 14 de la Constitución Nacional*, que invoca el apelante con arreglo al caso “De Luca”, de 1969 (Fallos: 273:87)⁴⁵.

⁴⁵ Con relación a este precedente debemos recordar los siguientes antecedentes. Al no definir con claridad la ley 12.637 (Estatuto de Empleados de Bancos Particulares) en qué consistía la estabilidad que garantizaba y al ser reglamentada por el dec. 89.624/41 del 29-4-41, que tampoco contribuyó a dar precisión al tema, se suscitó en la doctrina nacional la controversia sobre el alcance que tenía tal dispositivo. Mientras Alejandro Unsain se planteaba el interrogante sobre cuál era el monto de la indemnización en caso de cesantía producida sin causa legítima y sugería la conveniencia de que la reglamentación remitiera al monto establecido en la ley 11.729 para de ese modo lograr “tener una indemnización fija, conocida de antemano, objetiva, independiente de la existencia o intensidad del daño o perjuicio real” (UNSAIN, Alejandro, *Indemnización por despido en la ley de empleados de banco*, en D. T. 1941-3 y ss.), Mario L. Deveali se pronunció porque la ley 12.637 había introducido “la afirmación explícita del derecho de los empleados bancarios a la estabilidad y la enumeración taxativa de las únicas causas de cesantía”. A su juicio el legislador había acogido en el campo del trabajo privado el principio de la “estabilidad” y con la estabilidad se modifica la naturaleza del contrato de trabajo al negarse al empleador la facultad de rescindir el contrato, atribución que continúa en cabeza del empleado (DEVEALI, Mario L., nota a la ley 12.637, sin título, en D. T. 1941-41). Esta divergencia interpretativa fue superada por obra del decreto reglamentario 20.268/46 que estableció la estabilidad absoluta o propia, de modo que los empleados amparados tenían derecho a ser mantenidos por el empleador dentro de la carrera –siempre que no mediara alguna de las causas que justificaran su cesantía– hasta que estuvieran en condiciones de acogerse a la jubilación ordinaria. El derecho a la estabilidad lo adquirirían al cumplir 3 meses de su ingreso. Así, el empleador que dispusiera la cesantía injustificada del empleado con más de 6 meses de antigüedad y no cumplía la sentencia que lo condenaba a su reintegro, debía abonarle las remuneraciones que le pertenecieran hasta que el mismo alcanzara el derecho a la jubilación. Si el empleado no había cumplido el término de seis meses, sólo le correspondía una indemnización igual a

Agregan que esto es así por muy variados motivos. En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al artículo 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexa con los “salarios” o “remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el *sub examine*, contrariamente a De Luca, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la *reincorporación*, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación. A ello añaden una consideración determinante: *el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca*. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (“Galassi”, *Fallos*: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen

un mes de sueldo (art. 6° del dec. 20.268/46). Tal régimen de estabilidad propia se aplicó sin mayores alternativas, hasta que en 1969 la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad en la causa “De Luca, José c/Banco Francés del Río de la Plata” (25-2-69). En tal pronunciamiento la Corte federal consideró que por el despido incausado de un empleado bancario o de seguros, debía reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido, pero no podía admitirse la legitimidad de la carga de seguir pagando remuneraciones que carecen de toda justificación, ya que ello era exorbitante y lesivo de la garantía de la propiedad. Consecuentemente, el máximo tribunal nacional declaró que “es inconstitucional el art. 6° del dec. 20.268/46 en cuanto dispone que el despido injustificado de un empleado bancario puede acarrear, para el empleador que no se aviene a reincorporarlo, la obligación de pagarle, de por vida, todos los sueldos que hubieran podido corresponderle hasta el momento en que alcance el derecho a la jubilación. Dicho sistema adolece de injusticia intrínseca, excede lo que instituye el legítimo derecho a la indemnización por despido arbitrario y afecta las bases sobre las que se apoya la libertad de contratar. Ver fallo “De Luca” en L. L. 134-636; J. A. 1-565; *Derecho Laboral* 1969-72; D. T. 1969-159 con comentario de LANFRANCHI, César, *Inconstitucionalidad de la estabilidad bancaria de la ley 12.637*, y en L. T., t. XVII, 1969-431, con comentario de CARCAVALLO, Hugo R., *La estabilidad de los trabajadores bancarios* (notas al caso “De Luca”), en revista citada, p. 399.

los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (“Dieser”, *Fallos*: 329:3034), por la manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto (considerando 7°).

5. Consideran que la *reinstalación*, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la *plena reparación (restitutio in integrum)* de los daños irrogados señalando que el objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; 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 (considerando 8°).

6. Meritúan que sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación y agregan que las “leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”, y esta conclusión se impone, “con mayor fundamento”, respecto de la Constitución Nacional que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción” (considerando 9°).

7. Más adelante, señalan que admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcance de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son *dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (considerando 10)

y que, en consecuencia, *nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del artículo 16 de la Constitución Nacional*, sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” y, por el otro, el trabajador es un sujeto de “preferente tutela” por parte de la Constitución Nacional, señalando los fallos en que el Tribunal se pronunció al respecto. Como conclusión final se agrega que si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona “derechos anteriores al Estado, de los que éste no puede privarlo (arts. 14 y ss.)”, no lo es “en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias”, tal como rezan los artículos 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada. Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en disfavor del trabajador. Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora procuradora fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario con los alcances señalados y, se confirma la sentencia apelada, con costas (considerando 11).

e.2) *Disidencia*

A su vez, los fundamentos de la minoría de la Corte, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carmen M. Argibay, pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. Afirman que la *libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona*, y –en principio– comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quién. Al respecto, *la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar*, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

2. Recuerdan que la Corte ha señalado que *no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad– a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia*, y que también manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de *Fallos*: 273:87, “De Luca”; 306:1208, “Figueroa”, y 321:3081, “Agnese”).
3. Consideran que en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de *ciertos límites* que tienden a armonizar los derechos de ambas partes.
4. Sostienen que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios *con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva*. Éste es el modo en que se

ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo. Agregan que nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del Derecho, *requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado*. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino que, como se ha establecido *ut supra*, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado.

5. Argumentan que *ante la ausencia de previsiones legislativas expresas* para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudir a *una solución que, por analogía*, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, arts. 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta –a criterio de este Tribunal– la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego y que la solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del Derecho Internacional. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que las víctimas de violaciones al Derecho del Trabajo “...tienen derecho a una reparación adecuada, que [puede] adoptar la forma de restitución...”⁴⁶ En igual sentido, se ha pronunciado en la Observación General N° 16 acerca de *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (año 2005, párr. 21).

⁴⁶ Observación General N° 18, *El Derecho del Trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 48.

6. A modo de conclusión, consideran que en tales condiciones, *ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa*. De tal forma, 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 artículo 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

VIII. Reflexiones sobre el tema

Luego de haber efectuado una reseña sobre los antecedentes normativos y las principales tendencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema, he de formular las siguientes reflexiones sobre el mismo.

1. Con relación a la aplicación del artículo 1° de la ley 23.592 a las relaciones laborales, hay que distinguir según que se considere la etapa inicial, su desarrollo o la extinción del contrato de trabajo. Con relación a las dos primeras, hay consenso generalizado de su procedencia, por ser una ley de alcance general destinada a todas las personas que pueden verse afectadas por los actos discriminatorios allí comprendidos y, por ende, ocurre lo propio con relación a quien lo sufre con motivo de su trabajo.

Respecto a *su aplicación en el momento de la terminación de la relación*, cabe señalar que si aquélla se limita a la condena adicional por el daño específico del acto discriminatorio, también resulta aceptable. En cambio, las discrepancias surgen respecto al despido discriminatorio –directo o indirecto–, si se reconoce o no la posibilidad de declarar su nulidad y ordenar la reincorporación del trabajador por aplicación del artículo 1° de la ley 23.592.

Como hemos visto en el curso de este trabajo, una tendencia relevante que propicia su aplicación se refleja en la doctrina, la jurisprudencia y el voto de la mayoría de la Corte Suprema en la causa

“Álvarez c/Cencosud SA”. En cambio, quienes se oponen ponen, entre otros argumentos, el valladar del artículo 14 bis de la CN, que respecto al empleo privado sólo alude a “la protección contra el despido arbitrario”.

Incluso ello ha llevado a que la doctrina se plantee si el despido discriminatorio debe ser encasillado como un tipo distinto al despido sin causa o si, por el contrario, debe considerarse subsumido en el despido sin causa. Dentro de la primera corriente se encuentra la postura de Juan Ángel Confalonieri (h) para quien cuando el despido dispuesto por el empleador afecta un derecho fundamental del trabajador (en este caso, el derecho fundamental a no ser discriminado), queda configurado un *tipo autónomo* que no debe confundirse con el despido sin causa⁴⁷. En cambio, para otra corriente de opinión, seguida entre otros, por Jorge Rodríguez Mancini, el despido discriminatorio *no es un tipo autónomo*, sino que queda incluido dentro de la órbita del despido sin causa. Al respecto señala que “si el trabajador decide considerarse despedido, y lo mismo si ha sido el empleador el que adoptó la medida rescisoria sin causa justificada, el juez tendrá que aplicar la norma especial relativa al resarcimiento tarifado que regula la LCT o, en su caso, el estatuto profesional correspondiente, porque la norma del Derecho común se encuentra ocupando el espacio dentro del cual hubiera podido actuar, es decir, el modo de sancionar el incumplimiento del deber del empleador de respetar el derecho fundamental del trabajador...”⁴⁸ En su crítica a esta opinión, Confalonieri considera que el despido discriminatorio y el despido sin causa transitan por sendas completamente distintas, y que es un error sostener que el artículo 1° de la ley 23.592 es inaplicable en materia de despido discriminatorio, porque en el ordenamiento laboral hay una norma específica (el art. 245 de la LCT) destinada a regular las consecuencias del mismo. A su juicio, se confunde norma aplicable y tipo de despido, señalando que este último no se define por aquélla. Concluye que el artículo 245 de la LCT regula las consecuencias derivadas de un despido en el que la causa no tiene relevancia jurídica (por eso se entiende que es in-

⁴⁷ CONFALONIERI (h), *Comentario al artículo 17 de la LCT* cit., t. I, p. 596.

⁴⁸ RODRÍGUEZ MANCINI, *Derechos fundamentales y relaciones laborales* cit., p. 178.

causado), y no las consecuencias que se generan a raíz de un despido discriminatorio, para el que estima aplicable el artículo 1° de la ley 23.592⁴⁹.

Creemos que la cuestión transita por establecer si el esquema del artículo 14 bis de la CN que reconoce “estabilidad del empleado público” y que en cambio para el empleo privado sólo garantiza “protección contra el despido arbitrario”, con el agregado de que también se establece que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo”, ha sido *modificado* por la reforma constitucional de 1994. Ello nos lleva a analizar la repercusión que tienen las nuevas cláusulas sociales, incorporadas por la reforma sobre las existentes: sólo las complementan, o también pueden modificarlas o sustituirlas.

Al respecto debe advertirse que la temática propia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social *no fue incluida expresamente en los temas habilitados por la ley 24.309*, y a su vez, por formar parte los derechos y garantías existentes al momento de la reforma (arts. 14 y 14 bis) del Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional, le fue vedado a la Convención Constituyente introducir modificación alguna a los mismos (art. 7°, ley 24.309).

Sin embargo, al constitucionalizarse los tratados y declaraciones de derechos humanos, se han incorporado aspectos relativos al Derecho Laboral y de la Seguridad Social, e igualmente, mientras por el texto anterior del artículo 67, inciso 11 se autorizaba al Congreso a dictar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, ahora, luego de la reforma de 1994, ello podrá ser “en cuerpos unificados o separados” (art. 75, inc. 12, CN).

Algunos autores, como Darío Pérez Guilhou, consideran que con la constitucionalización de los tratados se ha entrado en *una zona prohibida* y se ha incurrido en graves contradicciones. En tal sentido puntualiza que en la propia ley 24.309, de convocatoria, se dio tal contradicción por cuanto, mientras por el artículo 3°, punto I, se habilitó para el debate el tema relativo a los *institutos para la integración y*

⁴⁹ CONFALONIERI, *Comentario al artículo 17 de la LCT cit.*, t. I, p. 596.

jerarquía de los tratados internacionales, lo que implicó la posibilidad de cambiar el orden de prelación legal del Estado del artículo 31, por el artículo 7° de la misma ley se impedía a la Convención Constituyente introducir modificación alguna “a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”. Luego, con la reforma, al darle jerarquía constitucional a algunos tratados se ha alterado el orden de prelación del artículo 31, y al decir el inciso 22 del artículo 75 que aquéllos no derogan artículos de la primera parte y “deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, a su juicio “no sólo se cae en violación de prohibiciones expresas, sino que la contradicción se vuelve más oscura”⁵⁰.

En cambio, para Roberto Dromi, “no es que estos tratados estén por encima de la Constitución, pero tampoco están por debajo, tienen una *jerarquía constitucional equivalente* por la naturaleza de los derechos que *reconocen*. Los derechos reconocidos por ellos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Primera Parte de la Constitución. Tienen ontológicamente la *misma naturaleza* jurídica porque son *reconocidos* (igual que el art. 28) y porque gozan de las *mismas garantías de protección*”. Por ello el autor citado considera que “la palabra ‘complementario’ no tiene un matiz diminutivo, pues estos derechos definen y defienden al hombre en su esencia”⁵¹.

A partir de la prohibición del artículo 7° de la ley 24.309 que fulmina de nulidad cualquier modificación introducida a la Primera Parte de la Constitución Nacional, Barra afirma que la formulación en examen respeta este espíritu al decir que los derechos consagrados en los tratados constitucionalizados no atentan contra aquéllas declaraciones y derechos, sino que las “complementan”, esto es “*los explicitan, los perfeccionan, de suerte que aquéllos alcanzan una integridad, una plenitud acorde con el desarrollo progresivo de los derechos humanos...*” Desde esta perspectiva señala que no cabe esperar contra-

⁵⁰ PÉREZ GUILHOU, Dardo, en *Prólogo* a la edición de la *Constitución de la Nación Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. XX-XXII.

⁵¹ DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, ps. 257/258.

dicción entre alguno de estos “nuevos” derechos y aquellos “viejos” de la llamada “parte dogmática”, y de llegar a presentarse la hipótesis de que no haya complementariedad o perfeccionamiento de los derechos en cuestión, sino lo contrario, el “nuevo” no podría aplicarse, porque los “nuevos” derechos son culminación de los primeros treinta y cinco artículos; no su abrogación, por lo que si el intérprete no puede alcanzar un sentido “integrador” de las normas en juego, habrá de primar aquella de la parte dogmática”, en armonía con lo dispuesto por el artículo 7° de la ley 24.309⁵².

A su vez, Bidart Campos desecha la tesis que pregona la inaplicabilidad de cualquier norma de un tratado con jerarquía constitucional a la que acaso se impute oposición con alguno de los artículos de la Primera Parte de la Constitución. A su juicio, “los artículos de la Primera Parte de la Constitución y los instrumentos internacionales a los que el inciso 22 adjudica directamente jerarquía constitucional *componen un plexo indisoluble* de derechos y garantías, en el que ninguna norma del primer sector hace inaplicable a una o más del otro sector, y viceversa; la *complementariedad* del segundo respecto del primero significa que le proporciona *completitud* y que nunca puede resultar inocuo”⁵³.

Teniendo en cuenta estas opiniones, y la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema nacional, en el sentido de que la Constitución “debe analizarse como un *conjunto armónico* dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás”⁵⁴ y que aquélla “constituye un *todo orgánico y sus disposiciones* deben ser aplicadas concertadamente”⁵⁵, nos inclinamos por afirmar que los derechos y garantías incorporados a la Constitución por la reforma de 1994, al constitucionalizar tratados y declaraciones inter-

⁵² BARRA, Rodolfo C., *Declaraciones, tratados y convenciones internacionales*, en ROSATTI, Horacio D., *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 187.

⁵³ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. IV, p. 563.

⁵⁴ Fallos: 296, 432, 310. Ver RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Los derechos constitucionales como “derechos naturales”*: el punto de vista de la Corte Suprema durante el último decenio, en J. A. del 29-12-99, p. 2.

⁵⁵ Fallos: 298, 200, 256, 241, 258.

nacionales sobre derechos humanos, *vienen a complementar* y, en su caso, *a ampliar* los ya contenidos en su primera parte, pero en ningún caso podrán ser interpretados para consagrar su modificación o supresión.

Además, en lo relativo a las cláusulas laborales deberá tenerse presente que la inserción del artículo 14 bis dentro del cuerpo sistemático de la Constitución de 1853-60, implicó una *expresión mínima* del llamado constitucionalismo social⁵⁶, y que ahora, por obra de la constitucionalización de los tratados, aquél *logra un mayor desarrollo en el reconocimiento de los derechos que hacen a la dignidad del hombre que trabaja y su proyección en el ámbito social*, tendiente al mejoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida, y al logro de un bienestar *personal y familiar*. De ahí que, así como con relación a la inserción del artículo 14 bis, al viejo texto constitucional hubo que interpretarlo de un modo constructivo y armónico; *las nuevas cláusulas también deben compatibilizarse* dentro de la integralidad del texto constitucional, teniendo presente que las ideas trascendentes del “bienestar general” y de la “justicia”, en su idea más amplia, ya están incluidas en el propio Preámbulo, que ha permanecido inalterado y sirve de base inspiradora de todo el ordenamiento fundamental.

Retomando la repercusión de la reforma constitucional de 1994 sobre el tema del despido discriminatorio, considero que al haber incorporado la reforma como derecho fundamental el de no ser discriminado, *se ha ampliado el esquema protectorio del artículo 14 bis*, y como consecuencia de ello, el trabajador que resulte víctima de un despido discriminatorio tiene derecho a una *tutela mayor y especial*, y *por ende, el régimen común establecido en el artículo 245 de la LCT no brinda la respuesta adecuada*, desde el punto de vista de la órbita constitucional diseñada luego de la incorporación de los tratados de derechos humanos al artículo 75, inciso 22 de la CN, ya que cuando existe afectación de un derecho humano fundamental,

⁵⁶ Conf. BIDART CAMPOS, Germán, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis*, en T. y S. S. 1981-VIII-483; CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Derechos sociales en la Constitución*, en D. T. 1998-1592; SEGOVIA, Juan Fernando, *Estado, Constitución y derechos sociales*, en L. L. del 10-2-88, p. 2.

como el de no ser discriminado, como queda dicho, requiere *una mayor protección jurídica*.

En cuanto al interrogante de si respecto a la estabilidad impropia la cuestión debe ser replanteada con motivo de los fallos sobre reinstalación en casos de discriminación, estimo que el *examen actual del alcance de la estabilidad impropia en nuestro Derecho* debe partir de la reforma constitucional de 1994, y que como consecuencia de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos operada por aquélla, el esquema originario del artículo 14 bis, CN, que admite aplicar un sistema de estabilidad relativa o impropia para los trabajadores del sector privado y un sistema de estabilidad propia para los empleados públicos, *ha sido ampliado*. Así como el artículo 14 bis, CN, también garantiza a los representantes gremiales la estabilidad en el empleo, luego de la reforma constitucional de 1994 los trabajadores *tienen garantizada una mayor protección contra el despido discriminatorio*. Ello no implica necesariamente que tengan derecho a la estabilidad en el empleo y posibilidad de readmisión en caso del despido que asuma ese encuadre, ya que ello *no surge expresamente de los tratados que consagran en términos generales esa mayor protección*. En otros términos, mientras para los representantes gremiales expresamente el artículo 14 bis, CN, les reconoce derecho a la estabilidad, con relación al despido discriminatorio, y al no mediar una directiva constitucional similar, *queda librado a criterio del legislador cómo regular esa protección mayor*. De donde para el sector privado sigue vigente la estabilidad relativa o impropia, con la salvedad de la directiva emanada de los tratados incorporados al artículo 75, inciso 22 de la CN, que respecto a *los trabajadores que resulten víctimas de un despido discriminatorio deben tener una mayor respuesta protectora*.

Frente a tal circunstancia, ya sea que se considere que estamos ante un vacío legal, luego de que la ley 25.877 derogó la mayoría de las normas de la ley 25.013, entre ellas, lo relativo al despido discriminatorio, o que tal derogación traduce la decisión del legislador de que el mismo pasara a ser regido por la ley general existente sobre la materia, es evidente que la regulación de la ley 23.592, al receptar la posibilidad de anular el acto discriminatorio (en el caso el despido), *resulta una respuesta más satisfactoria desde la óptica constitucional*,

que después de la reforma de 1994 exige esa protección mayor frente a este tipo de actos. En resumen, las pautas protectorias del artículo 14 bis que señalan la estabilidad para el empleado público, y protección contra el despido arbitrario para los empleados privados en general, *se han visto complementadas* por el constituyente de 1994 que ahora, al haber dado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) a tratados de derechos humanos que obligan a los Estados firmantes a adoptar medidas tendientes a eliminar los actos discriminatorios, exige un *tratamiento diferenciado y con una protección especial al trabajador víctima de un despido discriminatorio*. En tal sentido, durante la vigencia de la ley 25.013 (3-10-98 al 28-3-2004) esa respuesta existió, y luego, al suprimir el legislador de la ley 25.877 esa norma, se produce un vacío legal, que no puede decirse que queda cubierto con las normas que incluye el ordenamiento general en materia de despidos incausados (art. 245, LCT), porque la Constitución reformada de 1994 exige esa *respuesta protectoria especial*, que al no encontrarla en el ordenamiento laboral nos habilita a acudir a la regulación del ordenamiento general (ley 23.592). Incluso, como hemos señalado, nada impide pensar que la intención del legislador al suprimir aquélla norma fue posibilitar la aplicación al trabajador de la protección de la ley general.

Por todo lo dicho, hasta tanto no se establezca un régimen especial para el despido discriminatorio, me inclino por la aplicación del artículo 1º de la ley 23.592 a tales casos, con el alcance dado por el voto de la mayoría de la Corte Suprema en el caso “Álvarez c/Cencosud SA”⁵⁷.

2. Sin embargo, reitero que el tratamiento *diferenciado* y la *protección especial* al trabajador víctima de un despido discriminatorio, que surge de la reforma constitucional de 1994, *no implica necesariamente la adopción de un sistema de estabilidad propia a su favor*,

⁵⁷ Desechó la aplicación analógica de otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, arts. 177 y 182, LCT, respectivamente) propuesta por el voto de la minoría de la Corte, en “Álvarez c/Cencosud SA”, porque consideró que no existiendo una respuesta específica en la legislación laboral, la que da el ordenamiento general (ley 23.592) es más favorable al trabajador (art. 9º, LCT) y se ajusta a la exigencia de una mayor protección incorporada a la CN por la reforma de 1994.

y el legislador ordinario podría dar *otra respuesta protectoria*, de acuerdo al desarrollo alcanzado por las relaciones laborales de nuestro país.

A su vez, hay una serie de circunstancias que me llevan a considerar que es necesario el dictado de *una regulación especial para el despido discriminatorio*:

- a) El pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso “Álvarez c/Cencosud SA” fue por una ajustada mayoría de sus miembros de cuatro votos a favor y tres en disidencia, con lo cual cualquier variación en la integración del alto tribunal puede modificar la doctrina judicial del aludido caso y acoger la formulada por la minoría⁵⁸. Frente a ello se impone que un tema de tanta trascendencia como el relativo al despido discriminatorio, que por mandato de la reforma constitucional de 1994 amerita una protección mayor, tenga una respuesta legislativa acorde y no quede sujeto a los avatares de las variaciones jurisprudenciales.
- b) En nuestro país, como se señala en el dictamen de la minoría del fallo “Álvarez”, se han dado soluciones que implican *una protección más intensa*, ya sea en los casos de despido por matrimonio (art. 182, LCT) y por maternidad (art. 178, LCT) o la estabilidad temporaria del dirigente sindical (art. 48, ley 23.551). La aplicación de estos institutos hoy se encuentra avalada por una basta jurisprudencia que ha dado respuesta adecuada a las diversas situaciones que se presentan. Sin embargo, podría llegarse a plantear la inconstitucionalidad de estas regulaciones, con el argumento de que han perdido razonabilidad, frente a la respuesta más favorable dada por la ley 23.592, con el alcance establecido a esta normativa por el fallo de la Corte, y pedir la aplicación de esta última⁵⁹. Ello traería nuevas controversias con sus repercusiones negativas para el empleo.

⁵⁸ Al respecto, baste recordar las implicancias que tuvo en nuestro Derecho la modificación de la postura inicial de la Corte, sobre la constitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo, ley 24.557 en “Gorosito” (2002), y el cambio ulterior declarando su inconstitucionalidad en “Aquino” (2004).

⁵⁹ Ver FERREIROS, Estela M., *El fallo “Álvarez”. Un escenario esclarecedor sobre el tema de la preinstalación*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*,

c) Igualmente, las fundadas razones esgrimidas por el voto de la minoría del fallo “Álvarez”, haciéndose eco de las opiniones de importantes autores (Rodríguez Mancini, Guibourg, Pirolo), incorporan al debate un elemento que resulta trascendente a la hora de delimitar el ámbito de procedencia de la reincorporación en el despido discriminatorio: *no se puede avasallar el derecho del empleador a la libre contratación garantizado por los artículos 14, 14 bis y 33 de la CN*, y la condena a reincorporar al empleado despedido debe tener una *limitación en el tiempo*, en caso de que aquél se niegue a su cumplimiento. Por ello coincidimos con quienes sostienen que la solución dada por la Corte, *desde el punto de vista práctico*, aparece como *inconclusa* por cuanto deja una serie de interrogantes sobre el futuro de ese vínculo laboral. Un primer interrogante está dado por *la temporalidad* que debe asignarse a la estabilidad derivada de la aplicación de la ley 23.592. Así, mientras la protección a la estabilidad que garantiza la ley 23.551 se encuentra limitada temporalmente al año posterior al vencimiento del mandato que le hubiere sido otorgado al representante o delegado gremial, por la que la aplicación del sistema de reinstalación previsto en el artículo 52 no supone el restablecimiento por tiempo indefinido de la relación contractual y en subsidio de la ejecución de las astreintes, en la tendencia que precedió al fallo de la Corte, y que fue ratificada por ésta, se determina la simple reincorporación de los trabajadores con fundamento en la ley 23.592, *sin establecer un límite temporal* durante el cual el empleador debe mantener esa estabilidad. Ello ha llevado a que en doctrina se señale que mientras los representantes sindicales han debido cumplir determinados requisitos legales para tener una estabilidad delimitada en el tiempo, las sentencias judiciales aludidas le otorgan a los trabajadores una estabilidad sindical de tiempo ilimitado, con la aplicación subsidiaria de astreintes en forma

2011, fasc. 4, p. 306, quien señala al respecto: “...en la actualidad habría que preguntarse si con el dictado de la ley 23.592 no debe aplicarse a la protección por embarazo la ley más beneficiosa y posterior, obteniendo un resultado justamente inverso al allí expresado” (se refiere al voto de la minoría del fallo que comenta).

indefinida, y que ello daría lugar a que los trabajadores carentes de las garantías sindicales otorgadas en la ley 23.551, por no cumplir con sus requisitos, vean consolidados judicialmente una protección más extensa que la reconocida legislativamente a los delegados o representantes sindicales, lo que a la postre está consagrando una discriminación con respeto a los últimos⁶⁰.

Frente a todas esas consideraciones, estimo que es preferible que el legislador se anticipe a los tiempos y busque dar respuesta adecuada a la protección especial que merece un trabajador víctima de un despido discriminatorio, a tenor del mandato constitucional incorporado en 1994 (art. 75, inc. 22, CN), sin tener que esperar que la respuesta venga por vía jurisprudencial.

Al respecto, creo que una de las primeras cuestiones a definir por el legislador, teniendo en cuenta que ya existen dos sistemas con una protección más intensa, para supuestos tradicionalmente considerados como discriminatorios: los casos de despido por matrimonio (art. 182, LCT) y por maternidad (art. 178, LCT) o la estabilidad temporaria del dirigente sindical (art. 48, ley 23.551), es si adopta un régimen general donde se contemplen todos los supuestos de despido discriminatorio (abarcativo incluso de los actuales) o dicta un régimen especial sólo para los supuestos no contemplados en éstos. Personalmente, sin perjuicio de considerar que la reforma integral a largo plazo podría

⁶⁰ VÁZQUEZ, Gonzalo, *Derivaciones prácticas de la determinación genérica de reincorporación: caso "Álvarez"*, en D. T. 2011-1685, quien señala que a priori parecería irrazonable aplicar, con fundamento en una ley de carácter general como la ley 23.592, un sistema de estabilidad más intenso que el adoptado por una ley específica como la ley 23.551 con relación a los representantes gremiales y delegados, en atención de que en aquella no existe norma que permita arribar a una estabilidad absoluta. También considera que se debe analizar la repercusión del fallo de la Corte con relación a la *subsistencia del sistema de estabilidad relativa* para los empleados del sector privado y la posibilidad de acudir al despido incausado por parte de los empleadores, con relación a un empleado reincorporado por orden judicial, por haber sido considerado víctima de un despido discriminatorio. En otros términos, señala el interrogante sobre cuál sería la causal, que ostente entidad suficiente según los actuales parámetros judiciales, que permita al empleador con posterioridad a dicha reincorporación extinguir el contrato de trabajo sin que ello no sea nuevamente tachado de discriminatorio.

ser la respuesta más adecuada, debo señalar que evidentemente es más probable y posible lograr los consensos legislativos para regular sólo los últimos supuestos.

Respecto al nuevo régimen podría estructurarse sobre las bases de lo regulado para la protección del despido por matrimonio (art. 182, LCT) y por maternidad (art. 178, LCT) o la estabilidad temporaria del dirigente sindical (art. 48, ley 23.551) o adaptando la ley 23.592 a las particularidades del vínculo laboral. Al respecto, nos parece razonable la propuesta de Ricardo Guibourg, en el sentido de que la sentencia que declare nulo el despido, que se considere discriminatorio, incluya la condena al pago de los salarios caídos dentro del plazo de diez días y también a reincorporarlo a su puesto en un plazo perentorio, bajo apercibimiento de que al vencimiento de esta segunda parte de la condena se convierta, de pleno derecho, en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones por despido, un recargo por discriminación que, de acuerdo con la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, podría consistir en un año de salario siguiendo una pauta similar a la fijada por las normas de despido por maternidad o embarazo.

3. Uno de los temas que presenta mayores dificultades con relación al despido discriminatorio es el *probatorio*. Al trabajador que invoca haber sufrido un acto discriminatorio como causa de un despido le resultará muy difícil acreditarlo, porque el empleador buscará de evitar que su actuar resulte evidente o porque los medios probatorios no se encuentran al alcance del primero, ya sea porque los testigos son trabajadores que no aceptan rendir testimonios por temor a represalias de la empresa o si se trata de prueba documental puede obrar en poder del empleador⁶¹.

En nuestro país, al respecto, durante la vigencia del artículo 11 de la ley 25.013, que creó la figura del despido discriminatorio, considerando como tal “el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial”, se dispuso que la prueba estaba a cargo de quien invoque la causal, es decir del trabajador, solución que mereció la crítica de la doctrina

⁶¹ Cfr. KHEDAYÁN, Eugenia, *La carga de la prueba de la discriminación laboral: la influencia de la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la jurisprudencia argentina*, en T. y S. S. 2010-326.

porque la acreditación del hecho discriminatorio se consideraba realmente difícil o de imposible concreción para el mismo⁶².

Al derogarse mediante la ley 25.877 el artículo 11 de la ley 25.013, desaparece la regulación específica del despido discriminatorio y tal directiva en materia probatoria.

Con relación a la aplicación de la ley 23.592, se han desarrollado diversas tendencias en materia probatoria. Mientras en forma minoritaria se afirma la necesidad de que medie una acreditación clara y precisa del acto discriminatorio, la mayoría de los integrantes de la CNAT, que se han pronunciado a favor de su aplicación para los casos de despido discriminatorio se inclina por aplicar la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

Tales posturas se han visto reflejadas en el fallo de la sala V, “Parra Vera”⁶³. Así, la doctora García Malgarejo adhiere al dictamen del fiscal doctor Eduardo Álvarez, el cual expresa que “en cuanto a que este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación, requiere para su procedencia la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados”. En cambio, en su voto en la misma causa, el doctor Oscar Zas, al que se suma el del juez Julio C. Simón, entiende que debe aplicarse la teoría de la carga dinámica de las pruebas, en las cuales “debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba”. En relación con dicha teoría, continúa expresando dicho voto que el trabajador debe “aportar únicamente un indicio razonable de que el acto del empleador lesiona su derecho fundamental y, en su caso, el motivo oculto de aquél. Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración como adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”⁶⁴.

En igual sentido se ha considerado que la carga probatoria que se impone al empleador en los casos en los que se alega discrimina-

⁶² Ver MARTÍNEZ VIVOT, *La discriminación laboral...* cit., ps. 112 y ss.

⁶³ “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”, del 24-6-2006.

⁶⁴ Fallo citado en nota anterior. El propio Dr. Oscar Zas ha desarrollado igual postura en su trabajo doctrinario, *El despido discriminatorio*, en D. T. 2007-950.

ción, no implica desconocer el principio contenido en el artículo 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que “...quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.), deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca [...] y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el *onus probandi*, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos...”⁶⁵

En esta evolución jurisprudencial, se ha señalado la influencia de la doctrina y jurisprudencia españolas⁶⁶. Es que el artículo 96 de la ley de procedimiento laboral española señala que “En aquéllos procedimientos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España ha dicho que la finalidad de dicha regla “responde, en último término, a reequilibrar, en esta modalidad de proceso tutelador de derechos fundamentales, la posición de inicial desigualdad de la parte demandante, remediando las dificultades probatorias para llevar a la convicción del órgano

⁶⁵ CNAT, sala II, 7-7-2005, “Cresta, Érica V. c/Arcos Dorados SA”, T. y S. S. 2005-864.

⁶⁶ KHEDAYÁN, *La carga de la prueba...* cit., p. 204.

jurisprudencial la existencia de la conducta discriminatoria cuya eliminación se pretende”⁶⁷. Al respecto, Eugenia Khedayán reseña las principales orientaciones de la jurisprudencia española afirmando que *no exige al trabajador probar directamente la discriminación*: basta que acredite la existencia de indicios, que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de la lesión a su derecho fundamental y respecto a la relación causa-efecto entre el hecho y la decisión empresarial. En concordancia, la carga no se satisface con la mera alegación de la vulneración constitucional. Agrega que uno de los elementos que con más frecuencia ha sido interpretado como indicio es la *proximidad temporal* entre un hecho o circunstancia vinculados al trabajador que pudiera dar lugar a la discriminación (por ejemplo, el hecho del embarazo o de la realización de actividad gremial) y la medida tomada por el empleador (no contratación, despido, etc.)⁶⁸.

La misma autora en su fundado estudio sobre la carga de la prueba de la discriminación laboral, concluye que bajo la jurisprudencia argentina, en consonancia con las pautas del Tribunal Constitucional español, el establecimiento de las cargas probatorias surge del siguiente modo: *el actor deberá probar hechos que constituyan serios indicios* y que permitan inferir una presunción de discriminación; *el demandado deberá refutarla, demostrando un motivo legítimo, no discriminatorio*, y finalmente, el juez formará su convicción respecto de la existencia (o no) del motivo, al valorar el conjunto de las pruebas aportadas, declarando que hubo discriminación cuando el actor haya cumplido su carga y el demandado haya faltado a la suya⁶⁹.

Coincido con Khedayán en que el problema de la carga de la prueba de la discriminación en Argentina no se resuelve mediante la inversión del *onus probandi* o la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, sino a través de una *interpretación flexible* del artículo 377 del CPCCN que conlleva el mecanismo de las presunciones judiciales,

⁶⁷ Cfr. STC 41.199, apartado 4, fallo citado en KHEDAYÁN, *La carga de la prueba...* cit., p. 204.

⁶⁸ KHEDAYÁN, *La carga de la prueba...* cit., p. 205, con las referencias de los fallos aludidos.

⁶⁹ KHEDAYÁN, *La carga de la prueba...* cit., p. 224.

y que los jueces deberán actuar con prudencia y rigurosidad en la valoración de la prueba⁷⁰.

Indudablemente, de llegarse a una regulación especial en el futuro sobre el despido discriminatorio, se deberán establecer pautas precisas en materia probatoria, que sin desconocer la protección preferente constitucional asegure el debido encuadre de los casos que se planteen a nivel judicial.

4. Con relación al interrogante sobre en qué circunstancias el despido (directo o indirecto) puede juzgarse fundado en actitud discriminatoria, de tal modo que conduzca a la aplicación de la ley 23.592 o a la consideración del despido dentro de parámetros distintos de los habituales para el despido sin justa causa, considero que debemos partir del análisis de las diversas causales que surgen de los tratados de derechos humanos incorporados al artículo 75, inciso 22 de la CN, de las mencionadas por la propia LCT y, específicamente, por la ley 23.592.

En los documentos internacionales incorporados por la reforma constitucional (art. 75, inc. 22, CN) se señalan como discriminatorios los actos que se originen en las causales que se detallan: a) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º*: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”; b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1º*: “Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; c) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5º*: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2º de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir

⁷⁰ KHEDAYÁN, *La carga de la prueba...* cit., p. 224.

y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”, particularmente en el goce de los que enumera, entre los que incluye el derecho al trabajo y a su libre elección, y d) en la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, en su artículo 2º se señala que los Estados deberán adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar los derechos que allí se enumeran.

Conforme lo he señalado, también en la LCT se encuentran diversas disposiciones que resultan aplicaciones concretas del principio de igual de trato y de no discriminación. Por de pronto, el artículo 17, LCT, “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”, y el artículo 81, LCT, dentro del capítulo de los derechos y deberes de las partes, pone en cabeza del empleador el deber de “dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones”, y se aclara que “se considera que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

A su vez, la ley 23.592, en su artículo 1º, dispone que “...A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

De la comparación de los textos transcritos surge que *no hay coincidencia en los motivos o causales* que pueden ser planteados como actos discriminatorios. Frente a ello cabe interrogarse si por aplicación de la ley 23.592, todas aquéllas, sin distinción de la fuente normativa que las incluya, podrán servir de fundamento para nulificar el despido, con derecho a la reincorporación del trabajador que acredite ser víctima de un acto discriminatorio. Estimo que la respuesta debe ser negativa y que debe hacerse *una interpretación restrictiva* de las reconocidas por la ley 23.592: sólo quien resulte víctima de un despido discrimi-

natorio encuadrable en los motivos allí señalados podrá acudir judicialmente por su nulidad y posterior reincorporación.

En cambio, con relación a *los demás casos no encuadrables en los parámetros de la ley 23.592*, se plantea un vacío legal, que podrá ser cubierto por *vía analógica* acudiendo a las respuestas que incluye la LCT, para los supuestos de discriminación por causa de embarazo (art. 178, LCT) y por matrimonio (art. 182, LCT) (ver voto de la minoría de la Corte en “Álvarez”).

De llegarse a implementar un régimen específico para el despido discriminatorio, dicha regulación debería tener *la suficiente amplitud* que dé respuesta a todas las causas incluidas en los tratados constitucionalizados por la reforma constitucional de 1994 y además posibilite en el futuro incluir a los supuestos que la evolución de los tiempos pueda tipificar como acto discriminatorio.

DESPIDO DISCRIMINATORIO

por LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

SUMARIO: 1. La protección frente al despido. 2. La incorporación de la ley 23.592 en el sistema jurídico argentino. 3. ¿Cuándo hay acto discriminatorio? 4. La cuestión de la prueba de la discriminación. 5. Las consecuencias del despido fundado en actitud discriminatoria. a) La cuestión de la reinstalación. b) El daño moral. 6. El impacto de la decisión de la Corte Suprema en la causa “Álvarez c/Cencosud”. 7. Propuesta de reformulación del sistema en el contexto del referido fallo “Álvarez”.

1. La protección frente al despido

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional¹ distinguió la situación de empleados públicos y privados y sólo a los primeros les garantizó

¹ Artículo 14 bis: *El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; “protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público”;* organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

la conservación del empleo. Puede entenderse que tal distinción tendió antes a limitar las facultades de las autoridades públicas circunstanciales que a brindar al trabajador una protección adicional. Así, mientras el empleador no estatal se encuentra a su vez protegido por otros derechos y garantías constitucionales, quien cuenta con poder de decisión en el ámbito público es también un empleado en sentido amplio, por lo que sus facultades –que comprometen al Estado– han de verse limitadas para evitar que sus decisiones (por las que no paga costo alguno) vinculadas con la contratación y el despido de los trabajadores puedan esconder persecuciones políticas o favorecer el clientelismo con puestos de trabajo en el Estado².

En el ámbito privado, por su parte, la *protección contra el despido arbitrario* es una fórmula constitucional que tolera distintas opciones legislativas en el nivel inferior. *Protección*³ no es sinónimo de *prohibición*, y tal protección –en un continuo de intensidad de protección o de amparo– podría darse por la restitución del empleo perdido, por la exigencia de un sumario previo, por el pago de los salarios hasta la jubilación, por la reparación económica del daño (tarifada o integral) o por la inclusión en algún sistema de seguridad social que implique un sostén económico hasta la obtención de un nuevo puesto de trabajo.

En aquel marco constitucional y dentro de estas (y otras) posibilidades legislativas, nuestra legislación se inclinó en todo momento por el sistema llamado en doctrina de *estabilidad impropia*⁴ y, en tal contexto, de *indemnización tarifada*⁵. No encuentro, entonces, razones constitucionales para cuestionar el sistema de validez del despido sin causa; los

² Dos caras del mismo problema trata de resolver o de prevenir el texto constitucional: la referida garantía del artículo 14 bis y la exigencia de idoneidad del artículo 16 de la Constitución Nacional.

³ RAE: *proteger*. 1. Amparar, favorecer, defender. 2. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole, etc.

⁴ Sucesivamente, ley 11.729, decreto 33.302/45 (ley 12.921) y ley 20.744. Una excepción a tal régimen se presentó en el ámbito del empleo bancario (leyes 12.637, 18.589 y 22.245); la decisión de la Corte Suprema en la causa “De Luca c/Banco Francés” y la modificación legislativa posterior no vinieron más que a ratificar la vigencia del sistema de validez del despido.

⁵ Excepción hecha de los despidos relativos a contratos vinculados a plazos (arts. 95 y 97, LCT).

cuestionamientos, morales o valorativos, deberían en todo caso tender a una modificación legal antes que a una interpretación judicial forzada que desplace los límites de la norma más allá de lo razonable.

Incluso en el marco de las normas internacionales la solución resulta idéntica. Aunque el Convenio N° 158 de la OIT (*Sobre la terminación del contrato de trabajo*) no ha sido ratificado por nuestro país, no puede pasarse por alto que admite la hipótesis de extinción injustificada, aunque con algún énfasis en favor de la estabilidad propia; de todos modos, la falta de ratificación, en el plano nacional, y el propio contenido del Convenio y de sus posteriores Observaciones, en el plano internacional, no contribuyen más que a reforzar la idea de un sistema que, básicamente, descarta la opción de la estabilidad y su aspecto operativo, la posibilidad de reincorporación⁶.

2. La incorporación de la ley 23.592 en el sistema jurídico argentino

Que la ley 23.592 se aplica también en el ámbito del Derecho del

⁶ El artículo 4° del citado convenio establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, a pesar de que tal prohibición genérica es morigerada dentro del mismo convenio por los artículos 2° y 10. Incluso esta última norma admite explícitamente la posibilidad de coexistir con sistemas de *estabilidad impropia*: “Si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que considere apropiada”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), obligatorio en nuestro país, no establece sino como una opción entre otras la readmisión en el empleo (art. 7°: “dichos Estados garantizarán [...] d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”).

Trabajo resulta de su propio texto⁷, que infiltra una condición de aplicación en el conjunto del sistema jurídico (es decir, del sistema en su totalidad, comprensivo tanto del ámbito civil como del penal) y que provoca de tal modo la creación de un nuevo caso legal allí donde la variable discriminatoria se encuentre presente.

Y si bien es clara la decisión vinculada a la inclusión de esa nueva condición relevante, no resultan igualmente claras la definición de *acto discriminatorio*⁸ ni la consecuencia normativa resultante. Así, aquella aplicabilidad genérica y la inevitable y consiguiente vaguedad de una norma que, al estilo de las cláusulas constitucionales, habrá de regir para cualquier rama del Derecho, impone una interpretación que al tiempo que mantenga su sentido y su finalidad, encaje sin restar coherencia en el sistema especial en el que se inserta.

Para salvar tal coherencia general del sistema es necesario, en primer término, juzgar los ámbitos posibles de aplicación en relación con el contrato de trabajo: al momento de la contratación, durante el curso del vínculo y en la extinción.

Aunque algunas decisiones judiciales se han vinculado a los dos primeros momentos⁹, habré de considerar especialmente el problema que se plantea en el momento de la extinción, ya que las condiciones en las que se habrá de juzgar la existencia de un acto discriminatorio y las exigencias probatorias respectivas son idénticas para todos los tramos de la relación, mientras que las dificultades que puedan suscitarse con anterioridad requieren de un enfoque legislativo antes que interpretativo, so riesgo de constituir a los jueces en árbitros de los criterios para la contratación de personal¹⁰. Por su parte, la existencia

⁷ La redacción de la ley 23.592 es absolutamente general, por lo que una interpretación distinta afectaría gravemente la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional.

⁸ La norma incluye, también, la *omisión* discriminatoria.

⁹ Es ya una referencia clásica la decisión en la causa “Freddo” en la justicia civil.

¹⁰ No se trata de renunciar a los casos que eventualmente puedan plantearse, de desconocer las facultades de los jueces al momento de decidir ni de silenciar la labor interpretativa que subyace en toda decisión judicial; pero aceptar sin más que sean los jueces quienes deban establecer reglas de alcance general que establezcan las condiciones en las que las personas puedan acceder a los empleos implica un peligroso

de actos discriminatorios durante el curso del vínculo y siempre que éste se mantenga puede insertarse en el mismo tramo de análisis que los problemas vinculados a la extinción.

No deja de resultar llamativo que el legislador de 1988, que sancionó las leyes 23.551 y 23.592 con cuatro meses de diferencia¹¹, introdujera una pretendida protección tanto más absoluta para los casos inespecíficos de despido discriminatorio que para aquellos casos que, histórica y legislativamente, gozan de una protección mayor, como los originados en la protección gremial.

Sin otra regulación específica, la siguiente ley vinculada con el problema de la discriminación fue sancionada exactamente diez años más tarde. Las críticas expuestas contra la ley 25.013 son por todos conocidas. No puede dejar de observarse, sin embargo, que aquella norma introducía con claridad una nueva categoría jurídica, exponía las hipótesis de discriminación¹² e incluía la valoración del daño mediante una tarifa. Cualquiera de estas variables podía resultar discutible y ser modificada (los casos incluidos, el monto de la reparación, la cuestión de la prueba). Pero otorgaba un grado de certeza que la

desplazamiento de las funciones legislativas hacia las judiciales. Si la ley 23.592 es un claro ejemplo de las dificultades en la interpretación (para los jueces y, cuánto más, para los habitantes destinatarios) de una norma que ha sido publicada en el Boletín Oficial y tiene una única redacción para todas las jurisdicciones del territorio nacional, cuánto más difícil habrá de ser establecer el contenido del sistema jurídico si para conocerlo debemos conocer decisiones de distintas jurisdicciones e instancias, normas internacionales, opiniones de organismos internacionales y, por qué no, el estado de la doctrina, todo ello en el contexto del inasible *principio de progresividad*. A esta dificultad se agrega el problema adicional de establecer cuándo alguien fue discriminado en los términos de la norma; sobre este aspecto volveré más adelante.

¹¹ Ley 23.551, B. O. del 22-4-88; ley 23.592, B. O. del 5-9-88.

¹² El artículo 11 de la ley 25.013 incluyó raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, opinión política y opinión gremial. El decreto 1111/98 observó “los términos nacionalidad, orientación sexual, ideología y opinión política o gremial” con el argumento de que “si bien acorde a los preceptos constitucionales y con las legislaciones más modernas se introduce la figura del despido discriminatorio, con un régimen indemnizatorio agravado, quedando la carga de la prueba en cabeza de quien la invoca, resulta excesivo incluir otras figuras distintas a las oportunamente previstas por el Poder Ejecutivo nacional en el mensaje [...] remitido al Honorable Congreso de la Nación”. El artículo 41 de la ley 25.877 derogó la norma (B. O. del 19-3-2004).

ley 25.877 aniquiló sin explicar¹³, al tiempo que instaló un resbaladizo debate sobre la ley 23.592, su aplicabilidad, su alcance y sus consecuencias jurídicas e indemnizatorias, que sigue todavía sin zanjarse.

3. ¿Cuándo hay acto discriminatorio?

Todos los sucesos son causados y todas las decisiones son motivadas¹⁴, por lo que la genérica referencia al despido sin causa (o sin expresión de causa) equivale a admitir la irrelevancia de algunos motivos de la decisión empresaria como contrapartida de la responsabilidad económica por la ruptura ya que, en principio, la invocación de una causa tiende centralmente a justificar la conducta rescisoria para liberar al empleador del costo derivado de tal decisión.

Sin embargo, la evolución legal (y también la interpretativa) viene modificando parcialmente este sistema y no resultan ya indiferentes los motivos que causan el despido: aun en los casos en que el empleador despida al trabajador y esté dispuesto a abonarle las indemnizaciones respectivas, es posible indagar en las razones que motivaron aquella decisión.

Hasta aquí se presenta un primer inconveniente, que se vincula con la cuestión de la prueba (y que se superpone con el asunto de la carga, que será tratado más adelante) y con la posibilidad de alcanzar algún

¹³ Para 2004 Jorge Rodríguez Mancini destacaba que “con la desaparición de esta disposición especial en materia de despido discriminatorio se pretende reinstalar la discusión académica y judicial, por ahora módicamente planteada, acerca de si a las relaciones laborales les es aplicable el dispositivo del artículo 1º de la ley 2392, ley antidiscriminatoria de carácter general que contempla acciones de nulidad y resarcitorias y que pueden conducir a que el despido sin causa o con causa prohibida, sea considerado ineficaz para disolver el contrato, estableciéndose la reinstalación del trabajador despedido quien además percibiría las indemnizaciones tarifadas y eventualmente otra añadida por la causa de la ruptura...” *Análisis crítico de la ley 25.877 y de la sentencia de la Corte Suprema sobre topes indemnizatorios*, en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1-7-2004.

¹⁴ Los motivos son las causas de las decisiones y se encuentran, a su vez, causadas. Sigo en este tramo la línea de mi propia intervención en el *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Mario E. Ackerman y coord. por Diego M. Tosca, t. IV, *La relación individual del trabajo – III*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

grado de certeza en el conocimiento de cuáles son las motivaciones de las conductas humanas. Es importante destacar, en este sentido, que la motivación no coincide siempre con la conducta externa observable y que las inducciones apresuradas pueden resultar erradas reconstrucciones de la realidad¹⁵. Es un tema central de debate en la doctrina penal la posibilidad de indagar en la motivación del agente, porque en el centro de su teoría se encuentra el derecho de defensa y la exigencia de juzgar actos antes que motivaciones personales. En el centro de nuestra teoría, en cambio, está la protección de la parte más débil del contrato, el trabajador, y toda la elaboración en torno al principio protectorio tiende a compensar o equilibrar aquella debilidad inicial. Y si el centro del sistema es la protección, indiscutible resulta que algunas circunstancias personales coloquen al trabajador en un lugar especialmente vulnerable.

Dos grupos de especial tutela ha establecido desde hace tiempo nuestro sistema jurídico, vinculados a la protección de la actividad gremial y del ámbito familiar. Por temores de reclamos o intereses enfrentados, por la posibilidad de mayores compromisos personales, o por prejuicios vinculados con mayores costos, la actividad gremial y las obligaciones familiares (las vinculadas al matrimonio y a la maternidad) resultaron por definición legal los supuestos de especial vulnerabilidad y, sin necesidad de indagar en los verdaderos motivos, se estableció una suerte de discriminación presunta. Si el empleador pretendía que tal presunción no cayera sobre su conducta, debía abstenerse de rescindir el vínculo en tales períodos. Tal presunción podía desvirtuarse por la prueba del empleador en sentido contrario, ya por la invocación de un motivo que justificara la decisión, ya por la existencia de cualquier estado de cosas que descartara aquella finalidad y que desvirtuara la presunción.

Fuera, entonces, de los casos en los que tal conducta empresaria se presume, el debate sobre la discriminación en los términos que actualmente se plantea impone, sucesivamente, establecer cuáles son

¹⁵ Por lo que pueda servir la expresión, una *buena* conducta externa puede tener un motivo despreciable, y lo mismo ocurre en sentido inverso: una dedicada colaboración con un lejano pariente anciano puede tener por única finalidad, por ejemplo, mejorar la situación testamentaria.

las circunstancias en las que una persona puede considerarse discriminada y cuáles de tales circunstancias son reprobadas por el sistema jurídico.

Respecto del primer tipo de problema, decir que dos personas son iguales no equivale, por cierto, a afirmar que son idénticas: equivale a afirmar que, a pesar de no ser idénticas, hacemos abstracción de las diferencias y tomamos como relevantes las características que tienen en común¹⁶. Esta concepción de igualdad se funda en dos principios: el primero, de contenido negativo, afirma que no puede instituirse o justificarse ningún trato diferencial entre los hombres en función del sexo, la raza, la lengua o la religión (es decir, por el *ser* o el *pertenecer*); el segundo, de contenido positivo, afirma la igualdad de los individuos frente a un determinado conjunto de derechos y obligaciones¹⁷. La combinación de estos principios resulta, gráficamente, en la intersección de dos conjuntos: el primero establece quiénes son iguales y el segundo cuáles son los bienes (derechos, obligaciones, prohibiciones, castigos, responsabilidades) en cuyo reparto debe aplicarse aquel criterio de igualdad.

Las condiciones que se consideren en el primer conjunto corresponden a un criterio, que puede derivar de una norma jurídica o moral. Si un acto o una norma toman en consideración una condición vedada por una norma superior o por una norma moral que se considera aplicable, estamos en presencia de una conducta o un acto discriminatorios. Un repaso de las normas que establecen este tipo de criterios colabora para clarificar el problema.

La Constitución Nacional establece, en su artículo 16, que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza y que todos sus

¹⁶ Sostiene Guibourg que “es ya un lugar común definir la igualdad como el deber de tratar igualmente a los iguales. Se trata de una fórmula tan vacía (y por eso mismo tan celebrada) como la que define la justicia como el arte de dar a cada uno lo suyo: para su aplicación práctica se hace necesario establecer cuándo dos personas deban ser tenidas por iguales y, además, decidir en qué haya de consistir el trato igual que hayamos de dispensarles”. GUIBOURG, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

¹⁷ COMANDUCCI, Paolo, *El principio de igualdad liberal*, citado por GUIBOURG, *Pensar en las normas* cit.

habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. El artículo 14 bis consagra, a su vez, el principio de igual remuneración por igual tarea. El Convenio N° 111 de la OIT se presenta como una herramienta para proteger a los trabajadores de las discriminaciones basadas en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, al tiempo que admite la ampliación de la protección a supuestos de discriminación basados en otros criterios.

En la Ley de Contrato de Trabajo, el artículo 17 establece la prohibición de *cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad*. Sin embargo, la fórmula legal resulta casi una expresión de deseos ya que, frente a la prohibición, ninguna sanción específica es consagrada para el caso que pueda considerarse alcanzado por la norma; de este modo, el artículo reseñado podría leerse como la introducción de un principio o una pauta interpretativa de otras normas del sistema. El artículo 81 del mismo cuerpo legal dispone: *El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en idénticas situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando reproduzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando las diferencias de tratamiento respondan a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador*.

La ley 23.592 sanciona los actos discriminatorios en dos ámbitos: por un lado, establece la posibilidad de hacer cesar tales actos y, por el otro, responsabiliza económicamente –por daños materiales o morales– a quien incurra en tales conductas¹⁸. Como se dijo, a partir del dictado de la ley 25.013, finalmente derogada por el artículo 41 de la

¹⁸ Ley 23.592, art. 1°: Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

ley 25.877, los despidos que eran resultado de un acto discriminatorio originado en motivos de raza, sexo o religión originaban una indemnización mayor, al establecerse un incremento de 30% y la inaplicabilidad del tope legal¹⁹.

Existe redundancia normativa al fijar algunas condiciones prohibidas: la raza, la religión, el sexo o la ascendencia nacional aparecen en una cantidad de normas nacionales e internacionales; también encuentran su protección las diferencias fundadas en el color, los caracteres físicos, la edad, la opinión política, la postura ideológica, la actividad gremial, el origen social o la posición económica. A pesar de ello, el contenido que haya de darse a tales conceptos no es unívoco: la noción de raza se encuentra científicamente en crisis, dentro del concepto de religión es probable que se consideren incluidos tan sólo los cultos reconocidos o más extendidos, la idea de sexo no parece limitarse ya a su contenido biológico, sino que es habitualmente redefinida a partir de la elección o la preferencia sexual, y las cuestiones relativas a la ascendencia nacional se encuentran en muchos casos recortadas por normas que establecen recaudos administrativos obligatorios o por otras que, lisa y llanamente, impiden el acceso de extranjeros a determinados cargos públicos.

Además, de la propia dinámica social resulta algún quiebre en las conductas discriminatorias cuando éstas son jurídicamente reconocidas como tales en el marco de algún diseño protectorio. La etapa más silenciosa de la discriminación no cuenta siquiera con tal reconocimiento. La ley antidiscriminatoria establece los motivos vedados (raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos), pero otras personas podrían pensarse *discriminadas* por la propia norma.

¿Cómo se definen, entonces, los actos discriminatorios? ¿Cómo funciona, en este panorama, la protección legalmente reconocida en cada uno de aquellos supuestos?

*Raza*²⁰. A pesar de que el concepto de raza se encuentra en crisis

¹⁹ El PEN había vetado los términos nacionalidad, orientación sexual, ideología y opinión política o gremial.

²⁰ Las expresiones “linaje” u “origen étnico” utilizadas en algunas normas internacionales pueden considerarse sinónimas.

para la biología, tal como fue reconocido (entre otros instrumentos internacionales) en la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales de la Unesco²¹, resulta ser una de las expresiones más extendidamente incluida en las normas que tienden a desalentar las prácticas discriminatorias. El holocausto y el *apartheid*, entre otras tragedias humanas, han de resultar la causa de una presencia tan fuerte de esta palabra en los instrumentos internacionales destinados a proteger los derechos humanos. Reemplazada la expresión por *etnia* en algunas normas, puede –según el caso– asimilarse a la condición nacional, al color y a la religión²². En los casos en los que estos últimos términos se utilizan de modo más o menos idéntico a *raza*, la prohibición resulta bastante precisa.

Religión. Otro tema de análisis se vincula con el alcance que cabe dar a la expresión religión, en el especial contexto de juzgar la existencia de conductas discriminatorias. Por una parte, no todas las discriminaciones por motivos religiosos podrían considerarse reprochables, ya que la necesidad de cohesión o la conveniencia de pertenecer a determinado colectivo podría justificar que altos puestos en entidades religiosas benéficas, como Cáritas o Amia en nuestro país, sean ejercidos por practicantes de cada religión²³; en cambio, esta justificación no podría mantenerse en otros ámbitos, como los académicos, donde la discriminación por motivos religiosos no sería aceptable ya que el criterio preponderante debería construirse en torno a la formación y a la experiencia.

²¹ Art. 1º: Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen (1982).

²² Color o raza negra; raza o religión judía; color amarillo y nacionalidad china.

²³ “El resultado de todo esto, en términos laborales, no deja de suscitar algunas perplejidades. Por ejemplo, no podría excluirse a alguien del cargo de sacristán por ser judío practicante, ni de cuidador de una sinagoga por ser ferviente musulmán, no podría impedirse a un señor bajito y grueso optar al cargo de bailarina clásica ni privarse de empleo a un cuádrupléjico. Romper un noviazgo por invalidez sobreviniente de la contraparte obligaría al discriminador a contraer matrimonio con la persona afectada. Es claro que estos ejemplos son exagerados, pero sólo tienen por objeto destacar que, a menudo, las declaraciones de derechos contienen un énfasis político que la aplicación práctica obliga a reexaminar frente a circunstancias que, en el calor de la defensa de los derechos, no llegan a vislumbrarse”, voto de Ricardo A. Guibourg en la causa “Camusso” ya citada.

Además, siempre resultará necesario definir qué creencias humanas pueden alcanzar tal calificación de modo de resultar, luego, alcanzadas por la protección. Quien proclame que su religión es el carnaval, conjunto de creencias y ritos religiosos sobre el que parte de la tradición cristiana se ha asentado, encontrará pocas chances de inspirar respeto o al menos tolerancia en sus prácticas espirituales de modo de gozar, por ejemplo, del beneficio de ausentarse de su empleo los días de sus celebraciones religiosas (salvedad hecha de la última inclusión en el calendario de feriados nacionales). Otro tanto ocurriría con quien pretendiera justificar sus inasistencias los días 8 de enero por su devoción por el Gauchito Gil. Pero, incluso en relación con los cultos reconocidos, no menos controversia generan las prácticas que, aunque inscriptas dentro de un dogma genéricamente tolerado, chocan fuertemente con los principios del sistema desde el cual son observadas, como el caso de la infibulación en el mundo musulmán; en tal situación, y desde nuestro mismo sistema, podría juzgarse, sucesiva o alternativamente, que tal situación vulnera gravemente los derechos humanos de las mujeres involucradas, que la libertad de cultos está constitucionalmente protegida y que la mutilación del cuerpo es inadmisibles por tal motivo, aunque nuestro sistema de salud admita otras mutilaciones por otros motivos y deba “garantizar en forma permanente” el derecho de las personas a acceder a intervenciones quirúrgicas para “adecuar su cuerpo a su identidad de género”²⁴.

Esta dificultad puede pensarse a partir de reformular algún caso que se ha dirimido en la Cámara del Trabajo. Al resolver en la causa “Garncaz, Pablo c/Telefónica Móviles” (13-10-2010), la sala VI consideró que el despido indirecto del trabajador había sido el resultado de la conducta discriminatoria de la demandada, por su política de hostigamiento cuando el trabajador, de acuerdo con los preceptos de su religión judía, decidió usar *kipá*. En los términos de la prueba producida, que la sentencia detalla, resultaba claro que el caso encajaba adecuadamente en las normas antidiscriminatorias invocadas. Aunque no resulte un conflicto actual en nuestra sociedad, en distintos países europeos se ha discutido la protección que en este aspecto debería de

²⁴ Art. 11, ley 26.743.

tener el uso del velo integral, que –como la *kipá*– representa también la manifestación externa (en la indumentaria) de una creencia religiosa, pero impide la identificación física y facial de las personas en su trato con los demás.

La definición lingüística, para establecer a qué habrá de llamarse religión, y la medida de la tolerancia esperable, para definir qué prácticas relativas a cada religión habrán de ser consideradas admisibles, resultan otras de las cuestiones que deberían ser resueltas.

Ideología y opinión política y gremial. Una consideración similar a la de la religión alcanza a la ideología y a la opinión política. El respeto de las ideologías y las opiniones individuales, fundamento de las sociedades democráticas, encuentra también algún límite que ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El 17 de marzo de 2009, en la causa “Partido Nuevo Triunfo s/Reconocimiento Distrito Capital Federal”, el máximo tribunal resolvió que “la decisión de negar autorización al Partido Nuevo Triunfo supera los cuestionamientos basados en el derecho a la igualdad, tanto desde el punto de vista del criterio amplio cuanto del más estricto impuesto por las cláusulas antidiscriminatorias. En efecto, el régimen de partidos políticos, tal como ha sido interpretado en la sentencia apelada, distingue del resto a aquellas organizaciones cuyo programa político incluya la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional y ese distingo responde a una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar. El hostigamiento discriminatorio que precedió a la persecución, sometimiento y asesinato en masa de personas que pertenecían a ciertas tradiciones nacionales o religiosas, perpetrado por el régimen nazi liderado por Adolf Hitler, se ha convertido en un paradigma del tipo de crímenes contra la humanidad cuya prevención y persecución es hoy un deber asumido por gran parte de las naciones entre las que se encuentra la República Argentina [...] De ahí se sigue que no se pueda legitimar como partido político a quienes incurren en apología del odio e, indirectamente, incitan a la violencia cuando propugnan ‘el drástico desbaratamiento de la red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy infecta a la Argentina’, el doble castigo para los extranjeros, la utilización de símbolos del mismo modo en que lo hacían los nazis [...] Negar reconocimiento

político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías o en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etcétera, por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la ley nacional e internacional”.

La medida de la tolerancia no resulta así un tema menor para definir este tipo de ámbito.

Posición económica. Condición u origen social. Puede entenderse cuál es la finalidad de la incorporación de estas circunstancias, tanto en instrumentos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos), como en el Convenio de la OIT sobre discriminación o en la ley 23.592. Entiendo que estas expresiones deben centralmente vincularse con la pertenencia a grupos excluidos, humildes o de bajos recursos, aunque es posible que no se registren casos vinculados a estas hipótesis, porque quien resulta discriminado por tal razón no llega a acceder a un empleo para encontrarse luego en la situación de ser despedido por un acto discriminatorio²⁵.

Sin embargo, podrían pensarse también otras hipótesis en las que la “condición u origen social” implicara una discriminación, al menos, en el acceso al empleo. El ámbito público es, lamentablemente, un claro ejemplo de ello: pertenecer a la categoría de quienes no son familiares, amigos, hijos o entenados de los funcionarios públicos suele resultar, en violación también de la regla del artículo 16 de la Constitución, un motivo silencioso y determinante para frustrar el acceso a un puesto de trabajo.

²⁵ Un matiz de esta causa de discriminación, al momento de ser contratado, es la distancia con el lugar de trabajo y las dificultades vinculadas al traslado. Incluso en ámbitos públicos y en contextos de adhesión ideológica a la que podría denominarse la causa de la no discriminación, es corriente que un candidato no sea seleccionado por la lejanía de su residencia y por el riesgo de llegadas tarde que ello implica. Tal actitud suele pasar por alto que la lejanía de los centros urbanos proveedores de los puestos de trabajo y las dificultades derivadas del uso del transporte público en tales ámbitos es antes el resultado de las diferencias de clase que el de la libre elección del lugar donde vivir.

Caracteres físicos. Escasos fallos judiciales han tratado casos vinculados a este tipo de discriminación²⁶, quizás porque esta problemática atraviesa todavía su etapa más silenciosa dentro de la sociedad.

Un ejemplo ayudará a exhibir al menos la maraña valorativa que suele presentarse detrás de estos conflictos. La tienda *Abercrombie* cuenta con una política de selección de personal que exige “contar con un físico muy concreto basado en sonrisa perfecta y cuerpo diez”, porque sus empleados “tienen fama de ser los dependientes más guapos del mundo”²⁷. En la hipótesis de que tal empresa se instalara en el país, discutible sería que tal criterio de contratación pudiera ser razonablemente aceptado por el Estado, en el marco legal que aquí se ha repasado. Pero, ¿cuánto de tal decisión podría fundarse en motivos de *marketing*, vinculados con la identificación de los eventuales clientes, que observan cómo lucen los empleados con las prendas que ellos se verán tentados a comprar? Si tales fueran los motivos de la decisión, ¿sería de todos modos inadmisibles? ¿No es acaso el mismo criterio el que motiva la elección de quienes trabajan en el ámbito publicitario, donde los gordos, los feos o los raros sólo participan en contextos de humor o de absurdo? Y si la empleada que ingresó en la “tienda de los lindos” aumentó treinta kilos luego de su último embarazo y resulta despedida, ¿sería su despido discriminatorio por razones físicas? ¿Podría alegar la empresa su conocimiento de las condiciones de contratación, que establecen una situación análoga a la de la habilitación en otros ámbitos del contrato de trabajo?

¿Y qué sucedería si, en un empleo, fuera postergada en un ascenso una empleada joven, bonita e inteligente por la envidia personal que siente su jefa inmediata? ¿Es esta situación de discriminación? ¿Tienden las normas nacionales e internacionales a proteger a los más beneficiados por la naturaleza cuando introduce como causal los “caracteres

²⁶ Cuando no se planteaban todavía los conflictos laborales en términos de discriminación, distintos casos vinculados al uso de barba o de determinada vestimenta resultaron planteados en términos de las facultades disciplinarias del empleador y de la existencia o inexistencia de justa causa de despido.

²⁷ Los datos han sido tomados del artículo del diario *El País* digital, *La marca con los dependientes más guapos del mundo abre tienda en España. Así han hecho el casting*, del 28-10-2011.

físicos”? Algunas de estas paradojas se resolverían si los criterios que la sociedad declama (en sus juicios morales, en sus normas, en las decisiones de sus jueces) coincidieran con los criterios que honestamente motivan, día a día, sus decisiones prácticas.

Sexo. De amplia inclusión en las normas internacionales, la protección por razones de sexo puede encontrarse parcialmente vinculada a las indemnizaciones agravadas de la Ley de Contrato de Trabajo, donde la protección no se vincula directamente con el sexo aunque se encuentra vinculada a la condición femenina y a las circunstancias vinculadas con la construcción de un grupo familiar.

Aunque la definición de la “discriminación por razones de sexo” se encontró tradicionalmente vinculada a la situación de la mujer en la sociedad, cambios sociales y legislativos justifican que, en un sentido amplio, tal expresión alcance no sólo la clasificación biológica sino también las opciones y preferencias individuales, cualquiera sea su contenido. Una solución, aunque de pequeño alcance, se vincularía con eliminar la insistencia burocrática por recabar datos de las personas que resultan innecesarios fuera de la vida privada: el estado civil, la nacionalidad, la religión o el sexo²⁸.

Edad y enfermedad. Excepto que se las considere incluidas en la protección de “cualquier otra condición” (conjunto que comprende todas las condiciones, por lo que carece de utilidad), que incorpora la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario considerar que las situaciones de edad y de enfermedad se encuentran expresamente previstas en las normas laborales (tratamiento que incluye el régimen de licencias durante el contrato y los salarios subsistentes de enfermedad más las opciones de extinción por enfermedad o edad jubilatoria), por

²⁸ “Todos los ciudadanos tenemos los mismos derechos, seamos hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, travestis o incluidos en cualquier otra práctica que pueda desarrollarse. En este caso, ¿qué sentido tiene que los registros públicos contengan el dato de quién es hombre y quién es mujer? Nótese que la ley parece dar por sentado, a la manera tradicional, que sólo hay dos géneros: masculino y femenino. ¿Se prevé inscribir a una persona —a su pedido— como homosexual, bisexual o lesbiana? En caso negativo, ¿por qué limitar esa libertad? En caso afirmativo, ¿con qué objeto?” GUIBOURG, Ricardo A., *Sobre el género y la ley*, en L. L. Suplemento especial, Identidad de género. Muerte digna.

lo que no puede pretenderse que las normas sobre discriminación mejoren el nivel de estabilidad de los trabajadores con su capacidad disminuida o con una edad que dificulte su reinserción en el mercado laboral.

Mientras el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe la discriminación por edad, no encuentro, por su parte, que la situación de enfermedad tenga una protección específica en el conjunto de las normas que sancionan la discriminación, más allá del reenvío de la ley sobre diabetes a la ley 23.592 y de alguna vaga referencia en la norma sobre epilepsia²⁹. Tampoco la ley sobre HIV trae ninguna norma específica, más allá de que diferentes pronunciamientos hayan considerado adecuada en tales casos la condena por daño moral con fundamento en la ley 23.592³⁰.

4. La cuestión de la prueba de la discriminación

Existe una clara tendencia jurisprudencial, extendida exponencialmente en los últimos tiempos, que trata de juzgar de un modo más flexible la exigencia del artículo 377 del CPCCN (o lo considera llanamente inaplicable) con apoyo en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que exige mayor actividad probatoria a la parte que se encuentra en mejores condiciones o que tiene a su alcance los medios más adecuados para conocer los hechos.

En el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la sala I sostiene que el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el

²⁹ Art. 2º, ley 23.753: La diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público, como en el privado. El desconocimiento de este derecho será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

Art. 2º, ley 25.404: La epilepsia no será considerada impedimento para la postulación, el ingreso y desempeño laboral, salvo lo expresado en el artículo 7º (art. 7º: El médico tratante extenderá al paciente, a requerimiento de éste, una acreditación de su aptitud laboral, en la que se indicarán, si fuere necesario, las limitaciones y las recomendaciones del caso).

³⁰ CNAT, sala II, 31-8-2009, “A., E. P. c/Sanatorio”; sala VII, 31-3-2011, “R. R., M. c/Banco Hipotecario”.

motivo oculto de aquél. Para ello, no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Una vez configurado el cuadro indiciario, “recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos, que debe llevar al tribunal a la convicción de que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador”³¹. Idéntico es el criterio de Oscar Zas, expuesto a partir del fallo “Parra Vera c/San Timoteo” (14-6-2006) y al que parte de aquel fallo remite.

Las salas II y III, por su parte, entienden que el trabajador debe probar “poseer las características que considera motivantes del acto” y la suma de indicios objetivos que fundan la ilicitud; el empleador, por su parte, “debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el *onus probandi*, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos”³².

Al votar en la causa “Núñez, José c/Proflar”³³, Guisado entendió que no había razones para desplazar la aplicación de la regla general del artículo 377 del CPCCN, aunque debe asignarse una mayor importancia relativa a las presunciones *hominis*. También García Margalejo sostiene que resulta aplicable el artículo 377³⁴. Como ya se dijo, en la misma causa Zas entiende que existe una inversión de la carga

³¹ “Perdomo, Solange c/La Pompeya”, SD del 21-9-2011.

³² Sala II, 25-6-2007, “Álvarez c/Cencosud”; 31-8-2011, “Martínez c/Exal”; en igual sentido, sala III, 24-8-2011, “Gutiérrez c/UBA”.

³³ Sala IV, 31-8-2011.

³⁴ Sala V, 14-6-2006, “Parra Vera c/San Timoteo”.

de la prueba, que el trabajador debe aportar un indicio razonable (algún elemento que introduzca la creencia racional en el juez) y que el empleador debe acreditar que existen causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración. La sala VI admite también una suerte de inversión de la carga de la prueba al considerar que, probada la enfermedad oncológica de la actora, la ausencia de prueba de la demandada de la invocada disminución de trabajo no conduce más que a tener por cierto “que el despido obedeció al estado de salud” de la trabajadora³⁵. Las salas VII, VIII, IX y X entienden que el trabajador debe acreditar indicios razonables y el empleador debe probar, luego, que sus actos tuvieron una causa distinta de la discriminación. El indicio es definido como un hecho conocido del que se induce otro hecho desconocido en función de las reglas generales de la experiencia³⁶.

Descartar sin más la aplicación de las normas procesales vigentes roza, en algunos casos, la violación del derecho de defensa. Algún tribunal ha sostenido que “dado que la no discriminación cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el *onus probandi* pesa sobre el empleador por la dificultad que existe para el trabajador de probar la discriminación, mientras que no es así para el empleador, que debe probar la justa causa”. Este tipo de criterio implica una indudable inversión de la carga de la prueba, una exigencia –en algunos casos– de producir prueba imposible, y una sutil introducción del recaudo de una *justa causa*, circunstancia que implica avanzar sobre el sistema legal vigente y vetar la posibilidad de despedir sin invocación de causa.

La cuestión también ha sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en la causa “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados” (15-11-2011), analizó los agravios vinculados con las “pautas probatorias”, se extendió en consideraciones históricas y de Derecho Internacional, entendió que los “medios procesales destinados a la protección de los derechos y libertades humanos” deben “atender y adecuarse a las exigencias de protección efectiva que es-

³⁵ “Área Soporte c/Trigila”, del 30-6-2011.

³⁶ Sala VII, 5-8-2011, “Lugones c/Qualytel”; sala VIII, 18-11-2008, “Romero c/Hipódromo”; sala IX, 13-4-2011, “Sapea c/Casino”, y sala X, 31-5-2011, “Ramazoti c/Vizno”.

pecíficamente formule cada uno de los derechos humanos” y destacó las “serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo (discriminatorio)”. El fallo abunda en citas de jurisprudencia extranjera y de normas internacionales aplicables (algunas inaplicables) en el Derecho interno, pero tales citas no parecen suficientes para aportar criterios de valoración de la prueba, de modo que los tribunales inferiores puedan ajustarse a esos criterios si pretenden acompañar la decisión de la Corte Suprema.

Es llamativa la propia consideración del máximo tribunal sobre el final del fallo, cuando advierte que “si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al Derecho Comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que éstos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado” (considerando 11, última parte).

En síntesis, considero, tal como lo he entendido en ocasiones anteriores, que “en el contexto de lo normado por el artículo 377 del CPCCN y de las mayores dificultades que claramente existen para acreditar determinados hechos (como los vinculados a actos discriminatorios) es posible distribuir de algún modo la obligación de probar: cargar al actor la prueba acabada e indudable de las condiciones en las que el motivo discriminatorio puede considerarse altamente probable y, a partir de ese punto, exigir al empleador que acredite que su decisión fue un caso excepcional dentro de la regla genérica de la probabilidad. Es necesario destacar aquí, por una parte, que la no-

ción de las cargas dinámicas es harto conocida en las leyes laborales, que establecen numerosas presunciones fundadas en dicho principio (arts. 55 y 57, LCT; 11, ley 14.546, etc.); por la otra, es posible observar que, entre las decisiones judiciales reseñadas no se advierte una divergencia conceptual sino apenas de matiz o de énfasis, traducido en la intensidad con la que haya de requerirse al trabajador la porción de prueba que le corresponde³⁷.

5. Las consecuencias del despido fundado en actitud discriminatoria

a) La cuestión de la reinstalación

El sistema, en su conjunto, no obliga a una persona, con independencia de su responsabilidad en los hechos o del reproche jurídico o moral que pueda merecer su conducta, a que mantenga un estado de cosas no querido: los contratos pueden dejarse sin efecto (más allá de las consecuencias económicas, arts. 1198, 1200, 1202, 1204, Cód. Civ.), y los matrimonios pueden disolverse (así lo resolvió en nuestro país la ley 23.515 y así lo había resuelto antes la Corte en la causa “Sejean”). Incluso cualquier sujeto puede decidir la ruptura del lazo jurídico que deriva del vínculo biológico de la paternidad, renunciar a la patria potestad y entregar su hijo en adopción, circunstancia que luego de los respectivos trámites judiciales lo libera de cualquier obligación, no ya emocional o amorosa, descartada en este contexto, sino económica (arts. 317, inc. a; 324, incs. d y e; 327, Cód. Civ.).

Esta ideología legislativa vinculada a la libertad y a la autodeterminación personal tiende a extenderse hacia aspectos que hasta hace poco tiempo hubiera costado imaginar. Hasta es posible desprenderse, renunciar o divorciarse no ya de terceros sino de aspectos de la propia personalidad. La ley 26.743 se aleja del concepto biológico del sexo, al que define como “sexo asignado al momento del nacimiento”, para hacerlo ceder ante el que se corresponde con “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo siente” (art. 2°). Tal

³⁷ Se sigue aquí GUIBOURG, Ricardo A.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Liliana y TOSCA, Diego M., *Ley de procedimiento laboral*, 2° ed., La Ley, Buenos Aires, 2012.

redefinición vinculada a la preferencia o vivencia individual se extiende a otras circunstancias del sujeto, como su imagen y su nombre de pila³⁸.

Es difícil sostener en este contexto legal, donde entran en juego también otras normas constitucionales e internacionales del mismo nivel que las que protegen a las personas de actos discriminatorios, que alguien deba encontrarse ligado a un vínculo que no quiere ya mantener. En primer lugar, las dificultades para establecer la verdad judicial y las diferencias que tal reconstrucción tardía y fragmentada suele mantener con la realidad se agigantan en los casos que han sido calificados como discriminatorios, dado que, como ya se ha visto, tal calificación puede derivar parcialmente del juego de presunciones y se vincula siempre con una motivación interna de la que no tenemos más que algunas manifestaciones externas que contribuyen a presumirla.

Pero incluso ante la certeza (o la propia confesión) de discriminación o el reproche, no encuentro que pueda obligarse a alguien *a hacer* algo que no desea³⁹. En nuestro sistema jurídico, sólo en el ámbito penal se presentan restricciones a la libertad física, mientras que en el ámbito civil todos los supuestos de vínculos contractuales o filiales, incluso en los supuestos de obligaciones de hacer, pueden incumplirse y sustituirse por una reparación económica.

Por otra parte, no parece que resulte consistente un modelo donde el grupo más protegido del sistema, los representantes gremiales, no cuenta con la protección que pretende otorgarse a cualquier trabajador (aunque discriminado). En tal sentido, es de destacar que las disposiciones de la ley 23.551 establecen un límite temporal de protección. El modo en que tal garantía se hace efectiva aporta también elementos para considerar el objeto de protección legal: a la pauta anual que se establece para las que pueden juzgarse como hipótesis tasadas de reparación del daño derivado de la discriminación sufrida hay que adi-

³⁸ Art. 3º, ley 26.743: Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida.

³⁹ En las bellas palabras de Mario Benedetti, “uno no siempre hace lo que quiere, pero tiene el derecho, de no hacer lo que no quiere”.

cionar, en primer término, el tiempo faltante para cumplir el mandato. De esta protección y de la garantía explícita del artículo 14 bis, CN⁴⁰, resulta que el trabajador representante gremial es accidentalmente beneficiario de una protección que lo excede, ya que se encuentra también dirigida a la tutela de la propia actividad gremial.

La mayoría de las cuestiones que se han suscitado sobre la cuestión de la discriminación, y que han empujado el debate al lugar en el que hoy se encuentra, se vinculan con la disposición a estirar, reinterpretar o abstraerse de aplicar cualquier norma que no sea la Ley de Asociaciones Sindicales. Si el conflicto en los tribunales se hubiera encarado desde la revisión constitucional de la ley 23.551 (y la Corte Suprema ha abierto también este matiz de análisis poco explorado en los tribunales inferiores) es probable que el debate sobre el despido discriminatorio se hubiera instalado con eje en la reparación económica en vez de en torno al problema de la reinstalación. Un repaso a los fallos judiciales permite constatar que la absoluta mayoría de casos en los que se pide la reinstalación son los vinculados a distintos tipos de actividad gremial. Y, con excepción de las discriminaciones fundadas en motivos de salud o de edad (que, como se vio, resultan tenuemente protegidas por el conjunto de normas aplicables), es difícil suponer (salvo en períodos de altísimo desempleo y con independencia de su eventual derecho en tal sentido) que cualquier persona que fuera discriminada por su religión, su nacionalidad o su orientación sexual pretenda reincorporarse de modo compulsivo al puesto del que fue desplazado por tales inadmisibles motivos.

Así, la eventual ampliación de las hipótesis protegidas por la referida ley 23.551⁴¹ deja prácticamente vacía la clase de los hechos alcanzados por las decisiones judiciales que reconocen la existencia de discriminación y permite aportar mayor racionalidad al sistema en su conjunto. La mejor solución suele ser la más sencilla, y si la referida ley ha

⁴⁰ Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

⁴¹ Me remito a la interpretación constitucional de la Corte Suprema en las causas "ATE c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales" (11-11-2008) y "Rossi, Adriana María c/Estado Nacional" (9-12-2009).

estrechado el rango de protección constitucional y ha disparado el mayor número de planteos judiciales por discriminación (que resultan además admitidos), la solución ha de buscarse en desplazar tales límites al punto que fija la garantía constitucional.

Si la última parte del primer párrafo del artículo 14 bis de la CN establece la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial” (claramente menos exigente que la ley 23.551) y el segundo párrafo del mismo artículo reconoce estabilidad al representante gremial (“los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”), no resultan necesarios demasiados esfuerzos argumentales para concluir que cualquier norma debe redactarse (o, eventualmente, interpretarse) del modo en que comprenda el mayor número posible de sujetos protegidos dentro de su ámbito.

Abstracción hecha de las razones históricas y políticas que derivaron en nuestro modelo sindical, la revisión de este aspecto resolvería, como se dijo, la mayoría de los casos y permitiría otro tipo de enfoque para los casos subsistentes.

b) *El daño moral*

Incluso en las hipótesis en las que no se discutiera la reincorporación, el daño moral podría resultar procedente ya que, tradicionalmente, la jurisprudencia ha entendido que la tarifa no cubre los daños que serían resarcibles incluso en ausencia de vínculo laboral. Es indiscutiblemente aplicable, entonces, el artículo 1078 del Código Civil en cuanto dispone: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Por disposición legal, la indemnización por daño moral habrá de ser fijada por los jueces; aunque la reparación es monetaria, no existen pautas legales para determinar su cuantía por lo que todos los pará-

metros dependen de la discreción judicial⁴². El desafío consiste, a mi juicio, en determinar los límites de la propia discreción⁴³.

En la mayoría de las sentencias se presta enorme atención a los fundamentos jurídicos, al análisis de normas internacionales y a su articulación con las normas internas. La prueba de los hechos, analizada generalmente con una fuerte argumentación legal y el detalle sobre el

⁴² El segundo párrafo del artículo 1069 del Cód. Civ. introduce un criterio adicional, aunque también en condiciones de vaguedad: “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

⁴³ He participado de la investigación *Análisis de criterios de decisión judicial. El daño moral*, bajo la dirección de Ricardo A. Guibourg; las conclusiones se encuentran publicadas en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, dir. por Atilio Alterini, N° 12, de diciembre de 2010, La Ley, ps. 243 a 257. Allí se sostuvo que, entre otros interrogantes, el juez debe “examinar otra vez los hechos para establecer la gravedad del daño moral sufrido por la víctima [...] Las características que el magistrado juzgue relevantes en el caso que ha de resolver no surgen en su mente al azar: si el juez no es arbitrario, ha de tener algún criterio personal y razonable, aunque acaso subconsciente, cuya aplicación se manifieste en su modo de *mirar* el caso concreto. Ese criterio, susceptible de ser extrapolado a otros casos que, aunque distintos en infinidad de circunstancias, sean semejantes al primero precisamente en las condiciones que se han juzgado relevantes, es capaz de revelar una definición del concepto de gravedad del daño moral. El [...] último interrogante que el juez ha de responder remite al modo de traducir la gravedad del daño, apreciada según el criterio anterior, en términos de cantidad de unidades monetarias. Ésta es quizás la más difícil de las preguntas, por varias razones: los sentimientos y el dinero no son fácilmente intercambiables, y cuando se prestan a ello suelen despertar una actitud reprobatoria en buena parte de nuestra cultura; las relaciones entre afecto y dinero, una vez que se las acepta, no siguen los mismos parámetros para todas las personas, ni aun para la mayoría de ellas, por lo que es imposible sostener al respecto alguna tasa de apreciación que pueda tenerse por correcta o verdadera; los litigantes y los magistrados suelen entender el daño moral como un accesorio de otros daños, más susceptibles de cálculo objetivo, por lo que, en comparación, la determinación de un resarcimiento por daño moral se presenta, en el marco de un caso más amplio, como un estorbo del que conviene desembarazarse con pocas palabras. Sin embargo, hay que admitir que cualquier razonamiento cuyo resultado sea un número ha de incluir necesariamente alguna clase de cálculo. Ese cálculo, por cierto, es el último criterio necesario para fijar la indemnización y está implícito en cada una de las decisiones que al respecto se adopten en los litigios: para introducirlo en el campo de la racionalidad se hace preciso identificarlo, expresarlo y debatirlo con las razones que cada uno pueda hallar para sostenerlo o criticarlo”.

modo en que estos hechos encuadran en aquellas normas cierran al tramo argumental. La determinación del monto del resarcimiento, en cambio, se reduce a unas pocas líneas apoyadas, generalmente, en fórmulas reiteradas⁴⁴ que no permiten reconstruir el razonamiento del juez.

Para juzgar que la sentencia no es arbitraria en este punto es necesario conceder que detrás de aquellas fórmulas existe un razonamiento tácito; de allí es inevitable concluir que *un razonamiento cuya conclusión sea un número (cantidad en moneda) no puede ser otra cosa que una ecuación*⁴⁵. Ésta es una de las razones por las que creo que el razonamiento judicial debería forzarse por hacer explícitos tales criterios, lo que resulta posible por diferentes motivos: a) aunque no existen dos casos iguales pueden indiscutiblemente trazarse clases de casos a partir de los aspectos que resultan relevantes; b) la determinación de tales aspectos relevantes es el primer paso imprescindible para establecer luego la incidencia relativa de cada uno de tales aspectos, y c) la tarea así encarada puede permitir que el razonamiento sea explícito, público y comparable, aunque sujeto a permanentes revisiones derivadas de la modificación de las circunstancias de la realidad o del sucesivo conocimiento de aquellos tramos del razonamiento que suele permanecer en el fondo de la conciencia de los jueces.

⁴⁴ Algunas fórmulas que pueden leerse repetidamente en las sentencias son: “dado que resultaron lesionados los derechos que le corresponden en su condición de ser humano y persona trabajadora se impone aceptar el reclamo por daño moral, por lo que sugiero fijar la reparación en \$...”; “se ha de viabilizar el rubro daño moral en razón del acto discriminatorio e ilícito en los términos del artículo 1109, Cód. Civ. que determina la responsabilidad extracontractual del empleador de reparar el perjuicio, por lo que lo estimo en la suma de \$...”; “teniendo en cuenta pautas objetivas propongo fijarlo en la suma de \$...”; “a tal fin tengo en cuenta que ese consuelo o bálsamo para el alma puede lograrse obteniendo descansos reparadores, unas breves vacaciones, accediendo a distracciones, espectáculos teatrales, cinematográficos o musicales, por lo que, teniendo en consideración la magnitud del hecho, el contexto en que se adoptó la decisión rupturista, la situación en la que se encontraba la trabajadora, sus expectativas laborales y gremiales y las particularidades del caso, creo prudente fijar esa suma en la cantidad de \$...”; “también considero fundada la pretensión de resarcimiento de daño moral, la que auspicio fijar equitativamente en la suma de \$... teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”.

⁴⁵ *Análisis de criterios de decisión judicial...* cit.

Del análisis de los fallos de la justicia nacional resulta que la mayoría de ellos establece un monto total, sin detalle siquiera de los parámetros considerados, y con una escasez de datos que torna imposible abstraer de allí los criterios utilizados en su determinación. Alguna decisión establece la reparación, al modo de la ley 25.013, en 30% de todos los rubros que se admiten en la sentencia⁴⁶.

6. El impacto de la decisión de la Corte Suprema en la causa “Álvarez c/Cencosud”

El 7 de diciembre de 2010 la Corte Suprema dictó sentencia en la referida causa “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”⁴⁷, decidió la aplicación de la ley 23.592 al ámbito del Derecho del Trabajo y ordenó la reincorporación del trabajador discriminado.

A partir del análisis de las normas internacionales, el máximo tribunal consideró que “se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592 y, también, el de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales [...] Al respecto es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de ‘dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados’ (art. 1º), una reacción proporcionada a tamaña agresión, pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la

⁴⁶ CNAT, sala III, 24-8-2011, “Gutiérrez, Lorena c/YBA”.

⁴⁷ El texto completo puede consultarse en la página web del Poder Judicial de la Nación, sección Fallos.

cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación”.

La mayoría juzgó también que sus razonamientos conducían “a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del Derecho individual del Trabajo, por tres razones, además de la que será expresada en el considerando siguiente. Primeramente, nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como santuarios de infracciones, se reprueba en todos los casos [...] En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito”. Entre sus argumentos, agregó que “son el mencionado ritmo universal de la justicia, la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones sociales, cuando no la libertad contra la opresión que ejerce la discriminación, los elementos que acreditan, desde hace ya tiempo, que el repudio a todas las formas de aquélla, y el emplazamiento de su prohibición en el elevado campo del *jus cogens* resulta, lisa y llanamente, una reacción de la conciencia jurídica universal (*opinio juris communis*), lo cual, así como trasciende las fuentes formales del Derecho de Gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciones de su interpretación y aplicación”. En su considerando 8 entendió que “la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos tendientes a la plena reparación”.

El considerando 9, por su parte, destacó que “con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la ‘protección contra el despido arbitrario’ implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio *pro homine* conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de una comunidad porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional”.

Comparto en lo personal, sin embargo, los fundamentos claramente expuestos por la minoría⁴⁸, en cuanto entienden aplicable la ley 23.592 al ámbito de las relaciones laborales (considerando 12), pero, luego de un análisis de la legislación nacional, juzgan que “cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Éste es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo. Nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del Derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino que, como se ha establecido ut supra contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado”.

Fuera de discusión la cuestión de la aplicación de la ley 23.592 al contrato de trabajo, la (ajustada) mayoría en favor de la reinstalación, aunque sin precisiones sobre los alcances futuros de tal decisión, impone repensar el modo en que tal criterio constitucional habrá de insertarse en el contexto legal nacional.

7. Propuesta de reformulación del sistema en el contexto del referido fallo “Álvarez”

El universo actual de casos. Los problemas llevados a los tribunales se vincularon, en la mayoría de los casos, con trabajadores que invocaban algún tipo de activismo o representación gremial, por lo que un

⁴⁸ Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay.

sistema más consistente en su conjunto y más ajustado a las normas internacionales y a las decisiones constitucionales del máximo tribunal⁴⁹ requeriría una ampliación de las hipótesis de protección de la ley 23.551.

⁴⁹ Convenio N° 87 de la OIT. En la causa “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, del 11-11-2008, la Corte Suprema sostuvo: “el artículo 41, inc. a, de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el artículo 14 bis de la Constitución como por las normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los delegados de personal y los integrantes de las comisiones internas y organismos similares previstos en su artículo 40, deban estar afiliados a *la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta*. La limitación mortifica dicha libertad, de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta. En segundo término, la libertad de estas últimas, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas. En tal sentido, para ambos órdenes, corresponde reiterar que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos, del que ya se ha hecho referencia”.

Más ajustado al tema que aquí se debate, todavía, es la decisión en “Rossi, Adriana c/Estado Nacional” (9-12-2009): “...Con arreglo a las premisas que han sido expresadas, no se requiere un mayor esfuerzo para concluir en que, al limitar a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en su artículo 52, la ley 23.551, reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida, ha violentado, de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas, indicada en el considerando 3. La distinción legalmente establecida, i. e., el diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente inscriptos, por un lado, o con personería gremial, por el otro, mortifica dicha libertad respecto de los primeros y de los trabajadores en general, en las dos vertientes, individual y social, señaladas en ‘Asociación Trabajadores del Estado’ [...] Esto es así, en primer lugar, puesto que el distingo constriñe, siquiera indirectamente, a los trabajadores individualmente considerados que se dispongan a actuar como representantes gremiales, a adherirse a la entidad con personería

La reducción del número de problemas. Con la propuesta precedente, los casos se verían drásticamente reducidos. En cualquier caso, podrían considerarse subsistentes los problemas vinculados al mero activismo gremial o a la discriminación fundada en opiniones gremiales, si es que estos casos quedan de todos modos fuera de las hipótesis de protección de la Ley de Asociaciones Sindicales. El criterio de decisión de estos casos alcanzaría también a los demás casos de discriminación, ya que la ley 23.592 debe insertarse de modo coherente en el tramo del sistema jurídico (laboral) que la precede y que se mantiene sin modificaciones⁵⁰ después de su sanción.

Carga de la prueba. Como se dijo, en el marco del artículo 377, CPCC, corresponde cargar al actor la prueba acabada e indudable de las condiciones en las que el motivo discriminatorio puede considerarse altamente probable y, a partir de ese punto, exigir al empleador que acredite que su decisión fue un caso excepcional dentro de la regla genérica de la probabilidad.

Subsistencia del modelo de estabilidad impropia. La modificación del modelo de estabilidad impropia sólo podría derivar de una decisión legislativa. Cierto es que la decisión adoptada por la Corte de “Álvarez c/Cencosud” no deja más alternativa que la reinstalación; pero el silencio del máximo tribunal sobre los efectos posteriores a la decisión que impone reinstalar vuelven a atenuar sus efectos. Comparto la postura minoritaria de la Cámara, que no entiendo incompatible con “Álvarez”, de la que resulta que la condena al empleador a que reincorpore al trabajador debe resolverse bajo apercibimiento “de que a su vencimiento esta segunda parte se convierta, de pleno derecho, en la obli-

gremial, no obstante la existencia, en el mismo ámbito, de otra simplemente inscripta. Una situación análoga se produce en orden a los trabajadores que deseen afiliarse y verse representados sindicalmente. Y, en segundo término, ataca la libertad de los sindicatos simplemente inscriptos y la de sus representantes, al protegerlos de manera menor que si se tratara de asociaciones con personería gremial, en un terreno de la actividad sindical que también es propio de aquéllos, y en el cual, de consiguiente, no se admiten privilegios”.

⁵⁰ Como se dijo, no sólo se mantiene sin modificaciones hoy sino que durante el tiempo que la cuestión estuvo regulada por la ley 25.013, el legislador optó por una reparación por medio de una tarifa, sin referencia alguna a la posibilidad de reincorporación.

gación de abonar, además de las indemnizaciones por despido, un recargo por discriminación que consistirá en un año de salarios por aplicación analógica de las normas sobre despido por maternidad o matrimonio”⁵¹.

En caso de cumplimiento de la manda judicial, podría juzgarse la existencia de un plazo (un año, para que resulte consistente con el sistema protectorio previo) durante el que existe una presunción de discriminación si se produce un nuevo despido. Pasado ese tiempo, tal presunción cede y la prueba debe producirse en condiciones ordinarias. En todo momento será necesaria, sin embargo, la tramitación de un nuevo juicio.

La coherencia interna del sistema. Niveles de protección. La propuesta que precede tiende a preservar, en el contexto de la referida decisión de la Corte, la coherencia del conjunto del sistema en cuanto resulta posible. Por tal razón, las decisiones vinculadas a casos de discriminación sin una específica protección no podrían contar con una tutela mayor que aquellos supuestos privilegiados del sistema. Y estos últimos, allí donde resulten desfavorecidos (por ejemplo, salarios caídos) deberían ajustarse al nuevo sistema protectorio.

Criterios explícitos sobre los casos alcanzados por la calificación “acto discriminatorio”. Definir los tipos de casos que han de juzgarse como discriminatorios y tasar la reparación contribuiría a brindar certeza en un sistema de decisiones que se desliza cada vez más a reflejar la multiplicidad de criterios valorativos (o morales) de cada decisor en detrimento de criterios legales y generales más explícitos.

Mientras tal tarea legislativa no se encare o en la medida que no resulte ella posible, cabe avanzar en explicitar los criterios judiciales. Es necesario aquí aclarar que establecer criterios a partir de los cuales habrán de practicarse cálculos matemáticos para obtener la medida de una reparación en modo alguno implica no considerar el valor de la vida o de la dignidad humana, sino tan sólo hacer algo más transparente, y por ello más fácilmente susceptible de observaciones y ajustes, el proceso de tal cuantificación.

La reparación económica. La reparación económica alcanza los

⁵¹ Voto de Guibourg en la causa “Camusso, Marcelo c/Banco de la Nación Argentina”.

salarios caídos hasta la decisión que impone la reinstalación (porque la obligación de pagar salarios es coherente con desconocer los efectos inmediatos del despido) y, eventualmente, un año de salarios adicional en caso de conversión de la condena de hacer en una condena de dar sumas de dinero.

El daño moral. Para reparar el daño moral es posible establecer algunas pautas provisorias⁵². En tal sentido, considero que cuatro variables pueden contribuir a definir el monto del daño moral: el salario del trabajador, el tipo de acto discriminatorio, la fuente normativa de protección y el tiempo transcurrido entre el hecho y su reconocimiento.

El *salario* del trabajador es una variable útil porque constituye el horizonte económico de la víctima de la discriminación. Para ese fin, entiendo razonable considerar el ingreso total del trabajador durante el término de un año, pauta que incluye tanto el aguinaldo como los rubros habitualmente calificados como *no remuneratorios*, ya que se pretende medir la ganancia en sentido lato; en casos de antigüedad menor, esa pauta puede establecerse proporcionalmente.

La ley 23.592 constituye el centro de gravitación del sistema de protección contra los actos discriminatorios, ya que más allá de todo el contexto normativo superior e internacional es la norma que establece la obligación de “reparar el daño moral y material ocasionados”. Dado que la ley protege “particularmente” frente a actos u omisiones por motivos de “raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”, tales serán las hipótesis que habrán de constituir el *supuesto*

⁵² Destaco aquí que no comparto el criterio de la Corte Suprema expuesto en la causa “Arostegui” (8-4-2008), por las razones que ya he desarrollado. Pero, para el caso que pretendiera sujetarme a su decisión encuentro algunos problemas prácticos: ¿cómo debería llegar al resultado numérico (de un monto de condena) sin hacer un cálculo matemático? ¿Cómo habré de fijar un valor económico para aspectos tan sensibles como “la vida humana” o “el proyecto de vida” que, no obstante, tengo que reparar en dinero? ¿Cómo habré de sopesar las variables relevantes? ¿Habré de confiar en mi propia inspiración? ¿Habré de investigar, al modo de la cuantificación del daño que la justicia civil ofrece en la página web del Poder Judicial, para poder establecer –a ciegas y por aproximación– el tipo de valoración que parezca más acertada como consecuencia de tal suerte de aceptación intersubjetiva?

típico de reparación, siempre que resulte definido, claro, el contenido que quepa dar a cada una de tales expresiones.

Si el acto discriminatorio implicó, además, *hacer pública alguna circunstancia privada* que el afectado pretendía mantener en el ámbito de su intimidad, la gravedad del acto resulta mayor dado que afecta tanto el derecho a no ser discriminado como el relativo al resguardo de la vida privada. Esta situación podría presentarse, por ejemplo, en los casos de enfermedades (a pesar de no encontrarse específicamente prevista como causal en la ley 23.592) o en algunos supuestos de discriminación por condición social o sexo⁵³.

Del conjunto de normas nacionales e internacionales surgen otras situaciones protegidas y pueden deducirse algunas más que no se encuentran tipificadas pero que han sido ya ejemplificadas; en tales casos puede juzgarse la existencia de una *protección más tenue respecto de la protección típica*.

Por último, considero también relevante el *tiempo que pudiera transcurrir entre el acto discriminatorio y la sentencia que declare su existencia*. El mayor antídoto contra los actos discriminatorios, de cualquier clase y en cualquier ámbito, es que resulten visibles y que la víctima sea reconocida como tal. En algún sentido, a mi juicio, a partir de ese momento puede considerarse que el padecimiento cesa. Por tal razón, y con independencia de las dilaciones procesales que puedan atribuirse a las partes o al tribunal interviniente, tal es el tiempo que puede considerarse como variable para fijar la indemnización.

En consecuencia, puede proponerse fijar la reparación a partir de considerar la doceava parte del sueldo anual en las condiciones más

⁵³ Piénsese aquí en los supuestos de adopción o de cambio registral del sexo o del nombre. En este último aspecto, la reciente ley 26.743 establece que “sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la ley 18.248” (art. 9°); el artículo 12 del mismo texto establece que “en aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”.

arriba detalladas por cada mes que transcurra entre el acto discriminatorio y la primera decisión judicial que reconozca su existencia (en primer o en segunda instancia). A partir de allí, la indemnización por daño moral se incrementará al doble para los casos más graves y se reducirá a la mitad en los casos definidos como leves.

Las que anteceden no son más que propuestas provisionarias y, seguramente, carentes de todo valor técnico-jurídico. Pretenden, en cambio, aportar un valor metodológico: debatir y esclarecer al menos las preguntas que vienen, para poder discutir de un modo más racional, consistente y explícito el conjunto de respuestas que estemos dispuestos a brindar.

ANEXO

**FALLOS DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

CSJN, 7-12-2010, “ÁLVAREZ, MAXIMILIANO Y OTROS C/CENCOSUD SA S/ACCIÓN DE AMPARO”

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa «Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo», para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los seis actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud SA, propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de fantasía “Easy”, sosteniendo que prestaban servicios para aquella bajo la “pseudo categoría” de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio –que fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006– y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. La sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, al confirmar el fallo de primera instancia favorable a las dos pretensiones, tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica, con fundamento en el artículo 1º de la ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (art. 14.3 de la ley 48). En lo restante –violación del principio de congruencia y valoración del hecho de que los actores habrían percibido las indemnizaciones por despido con anterioridad a la demanda– se impone su rechazo (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La cuestión federal a ser juzgada por esta Corte reside, de consiguiente, en determinar si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1º resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

3º) Que las mencionadas cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

En tal sentido, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de este que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2º y 7º);

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2º y 3º), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2º, 3º y 5º a 16), y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º).

Se añaden a este listado, en el plano supralegal (art. 75.22 cit., primer párrafo), verbigracia, la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (Unesco, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3º); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Todo ello, por cierto, como corolario de que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (arts. 1.3 y concs.): “[e]l hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta [de las Naciones Unidas]” (Corte Internacional de Justicia, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie [Sud-Ouest africain] nonobstant la résolution 276 [1970] du Conseil de sécurité*, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, *Recueil 1971*, párr. 131).

Para la Carta Democrática Interamericana, “[l]a eliminación de toda forma de discriminación” contribuye “al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (art. 9º).

Cabe sumar a lo indicado, atento al contenido material del caso, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio Nº 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía suprallegal dada su naturaleza (“Milone”, *Fallos*: 327:4607, 4616), por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2º). El Convenio Nº 111, asimismo, se inscribe en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresó que todos los miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, “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, es decir [...] d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Se trata, además, de objetivos que, antes que atenuados, han resultado plenamente convalidados en nuestros días ante cualquier modali-

dad que pretenda imponerse a la disciplina laboral con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social (*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008).

La Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998), de su lado, después de prever que todo trabajador “tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes”, dispone que los Estados Partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación...” (art. 1°).

4°) Que, ciertamente, el mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente “de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que, por el otro, “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho Internacional como en el interno” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A, N° 18, párrs. 87/88 –y sus citas– y 100). La referencia a este antecedente, y el seguimiento del que será objeto, son más que apropiados en el *sub lite* por cuanto, en esa oportunidad, el tribunal regional asentó una doctrina de importancia mayor para la conceptualización del principio en estudio, no debiéndose pasar por alto, asimismo, que lo hizo con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su proyección excede esta esfera.

De tal suerte, cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “Derecho Internacional general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones *erga*

omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el Derecho Privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas “perentorias” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, “independientemente de cualquier circunstancia o consideración”, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleados violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter *erga omnes* establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos *inter privatos*, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (*Condición jurídica y derechos de los migrantes... cit.*, párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151).

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela, desde otra fuente, que éste se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse (doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso “Furundzija” –“Prosecutor vs. Anto Furundzija”–, sentencia del 10-12-98, párrafo 154, en *International Human Rights Reports*, 2002, vol. 9, N° 3, p. 783; asimismo: Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2002, ps. 144 y 147 *in fine*/148).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a su turno,

previó la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general *–jus cogens–*, o ante la aparición de una de éstas (arts. 53 y 64; asimismo: art. 71), dejando a la práctica de los Estados y a la “jurisprudencia de los tribunales internacionales” la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens* (Comisión de Derecho Internacional, *Projet d’articles sur le Droit des traités et commentaires*, 1966, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1996, p. 270). De ello ya han dado muestra variados tribunales en el nivel nacional e internacional, incluso en contextos no limitados a la validez de tratados (*Text of the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts and commentaries*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53^o, 2001, *Report of the International Law Commission*, A/56/10, p. 208 y sus citas). La Corte Interamericana, mediante *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, suma una nueva perspectiva a esos antecedentes.

5^o) Que de lo expuesto precedentemente se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, “de lo cual es un ejemplo la ley 23.592” y, también, el “de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales” (“Partido Nuevo Triunfo”, *Fallos*: 332:433, 439). Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación, advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias” (*Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes –párrafo 1° del artículo 2° del Pacto–*, HRI/GEN/1/Rev.9 –vol. I–, párr. 3°).

Al respecto, es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1°), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Decla-

ración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1°; PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem, y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Mortificación, la antedicha, de grado nada menor, ya que las violaciones a la dignidad de la persona humana así como pueden mortificar su espíritu, también pueden dañar su cuerpo, constituyendo una fuerza patológica y destructiva del bienestar de las personas al menos igual que la de los virus y las bacterias (Mann, Jonathan, *Health and Human Rights, en Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 176). Sobre el punto, es significativa la citada Convención de Belém do Pará, en cuanto reconoce que el derecho de toda mujer a una “vida libre de *violencia*” incluye, entre otros, el derecho de “ser libre de toda forma de discriminación” (art. 6.a, cursiva agregada).

No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones “muy graves”, las “decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (art. 4.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5.5.a y b).

6°) Que este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones, además de la que será expresada en el considerando siguiente. Primeramente, nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos” (*Condición jurídica y derechos de los migrantes...* cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, reviste una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su

dignidad (“Pérez, Aníbal Raúl c/Disco SA”, *Fallos*: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos “naturalmente entrañables” (“Madorrán”, *Fallos*: 330:1989, 2004), tal como, con claridad, lo destaca el artículo 14 bis de la Constitución Nacional –“las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor”– y lo reitera el artículo 7° del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los artículos XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus miembros: “todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (II, a). Ello explica, al unísono, que garantizar la no discriminación configura para el Estado una “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato”, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 18. El derecho al trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de “proteger” los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (ídem, párr. 22).

Por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (“Cardozo”, *Fallos*: 329:2265, 2272/2273, y “Madorrán” cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (“Madorrán” cit., p. 2004). Ya el precedente “Berçaitz”, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”: el “principio de favorabilidad” (*Fallos*: 289:430, 437; asimismo: *Fallos*: 293:26, 27).

7°) Que en respuesta al supuesto de colisión que acaba de ser indicado, cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del artículo 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso “De Luca”, de 1969 (*Fallos*: 273:87). Esto

es así, por muy variados motivos. En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al artículo 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexa con los “salarios” o “remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el *sub examine*, contrariamente a “De Luca”, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.

En todo caso, vale decir, al margen de lo que pudiera seguirse del antecedente citado, añádese a lo anterior, en tercer término, una consideración determinante: el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de “De Luca”. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (“Galassi”, *Fallos*: 310:2733, 2737, entre otros).

Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (“Dieser”, *Fallos*: 329:3034), por la manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. Así, además de cuanto ha sido expresado en los considerandos 3º a 6º, cobra todo su sentido y significación otro esclarecimiento, ya alcanzado por el Tribunal en el caso “Madorrán”: la protección del “derecho a trabajar” previsto en el artículo 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, “si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta” (cit., p. 2003; v. asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 223). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal (“Torrillo”, *Fallos*: 332:709, 713), ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, “tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución...” (*Observación General N° 18* cit., párr. 48; en igual sentido, del mismo Comité: *Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales – artículo 3º– del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2005, párr. 21). Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el

Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto “impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente” (*Observación General N° 18* cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, “anular la terminación” y ordenar la “readmisión” del trabajador (art. 10).

A conclusiones análogas conduce el abanico de instrumentos internacionales que también enuncian y resguardan el “derecho a trabajar” (Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 23.1–, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –art. XIV– y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –art. 5.e.i–), el cual debe ser considerado “inalienable de todo ser humano” en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a). No huelga observar que el citado Protocolo de San Salvador contempla a la “readmisión en el empleo” como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7.d).

Más todavía. El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que esta Corte ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador. Así, en “Rusich, Elvira c/Cía. Introductora de Buenos Aires” (*Fallos*: 181:209), de 1938, al persistir en la línea que trazara tanto en “Saltamartini c/Compañía de Tranways «La Nacional»”, en cuanto a la imposición de la indemnización por despido y por falta de preaviso (*Fallos*: 176:22), cuanto en “Quinteros, Leónidas S. c/Cía. de Tranvías Anglo Argentina” (*Fallos*: 179:79), desestimó que el pago de las vacaciones pudiera ser impugnado constitucionalmente con fundamento en que resultaba un salario sin contraprestación del trabajador, al paso que justificó, por obedecer al “ritmo universal de la justicia”, otras normas protectoras de aquél que imponían al empleador obligaciones de naturaleza análoga a la anterior (*Fallos*: 181:209, 212/214; asimismo: “Dordal, José c/Calderón y Roperó”, *Fallos*: 189:234; “Vizzotti”, *Fallos*: 327:3677, 3689, y “Aquino”, *Fallos*: 327:3753, 3770). Sobre bases análogas se

emplaza con vigor la *ratio decidendi* de “Prattico, Carmelo y otros c/Basso y Cía.”: “toda vez que la *libertad de contratar* del empleador entre en conflicto con la *libertad contra la opresión* del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del artículo 14 de la Ley Fundamental” (Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia “West Coast Hotel Co. vs. Parrish” de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en “Roldán c/Borrás”, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que “el fundamento valorativo de la solución” reposaba “en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica” (Fallos: 250:46, 48/50).

Y, ciertamente, son el mencionado “ritmo universal de la justicia”, la “ponderada estimación” de las “exigencias éticas” y “condiciones sociales”, cuando no la “libertad contra la opresión” que ejerce la discriminación, los elementos que acreditan, desde hace ya tiempo, que el repudio a todas las formas de aquélla, y el emplazamiento de su prohibición en el elevado campo del *ius cogens*, resulta, lisa y llanamente, una reacción de la conciencia jurídica universal (*opinio juris communis*), lo cual, así como trasciende las fuentes formales del Derecho de Gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciona su interpretación y aplicación.

8º) Que la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, verbigracia, por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Baena, Ricardo y otros c/Panamá”, sentencia del 2-2-2001, Serie C, Nº 72, párrs. 202/203 –y su cita– y 214.7, y “Madorrán” cit., p. 2005). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (art. 26), también requiere, por vía de su artículo 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la “restitución” (Comité de Derechos Humanos, *Observación General Nº 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el*

Pacto, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55).

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó que el artículo 6º de la Directiva 76/207/CEE (9-2-76) –por la cual los Estados Miembros debían introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerara perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional– requería “medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada”, las cuales debían “garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario”. Así, apuntó, en el supuesto de un despido discriminatorio (art. 5.1 de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presentaba cuando la persona discriminada “recupera su puesto de trabajo” (Asunto C-271/91, “M. H. Marshall c/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority”, sentencia del 2-8-93, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia*, 1993-8, ps. 4407/4408, párrs. 24/25).

Es del caso recordar que, ya para 1928, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el famoso caso “Chorzów Factory/Usine de Chorzów”, tuvo ocasión de sostener que “[e]l principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que se desprende de la práctica internacional, especialmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, de ser posible, borrar todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosíblemente habría existido si éste no hubiera sido cometido” (fondo, sentencia del 13-9-1928, Serie A, Nº 17, p. 47). Incluso en los marcos internos, la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su estudio general *Igualdad en el empleo y la ocupación* (1988), que guarda relación directa con el ya citado Convenio Nº 111 de la OIT, advirtió que “la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza.

El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo

considerable para determinar los derechos individuales”. Aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la “reintegración en la empresa” (Capítulo IV, *Aplicación de los principios*, párr. 163; asimismo: párr. 227). Al respecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene juzgado que las reparaciones (*remedies*) a las “víctimas de una conducta discriminatoria” deben orientarse lo más cerca posible para “reponer” a éstas “en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta” (“*Milliken vs. Bradley*”, 433 U. S. 267, 280-1977).

9º) Que con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las “leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”, y esta conclusión se impone, “con mayor fundamento”, respecto de la Constitución Nacional que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución”.

Esta enseñanza, expresada por el Tribunal en el señero caso “*Kot*” (1958), es de oportuna cita, puesto que el precedente, así como entrañó una de las primeras aplicaciones de una norma internacional que, a la sazón, ni siquiera había alcanzado el grado de vinculación que hoy universalmente le es reconocido: la Declaración Universal de Derechos Humanos, también tuvo como objeto la “protección constitucional de los derechos humanos” (*Fallos*: 241:291, 300 y 302). De ahí que, además, el artículo 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (v. gr., PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (v. “*Rodríguez, Luis Guillermo s/Recurso de queja*”, *Fallos*: 329:1794, y “*García Méndez*”, *Fallos*: 331:2691, 2700/2701), no excluyente de “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las “condiciones de trabajo”. Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente

labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75, inc. 23)” (“Vizotti” cit., p. 3688).

10) Que los razonamientos expuestos hasta aquí también vuelven inatendible la defensa de la demandada relativa a que, de acuerdo con el precedente “Figueroa, Oscar Félix y otro c/Loma Negra Cía. SA”, de 1984 (*Fallos*: 306:1208), la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades “discrecionales” del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Con todo, cumple agregar que, a la luz del *corpus iuris* de los derechos humanos reiteradamente citado, el contenido y alcance de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto. Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado (“Aquino” cit., p. 3778 y “Madorrán” cit., p. 2004). Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, “[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el *respeto debido a la dignidad del trabajador* y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho” (LCT, art. 68, cursiva agregada).

Suele pasar inadvertido, en esta cuestión, que los poderes invocados, para ser válidos, por un lado, no pueden desentenderse de que “el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano” (*Condición jurídica y derechos de los migrantes...* cit., párr. 158), ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que “[e]l contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí”, de manera que “[s]ólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley” (art. 4°). Y todo ello pesa sobre el empleador, pues así lo impone, además de lo expresado sobre el *drittwirkung* o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de

jerarquía constitucional, según el cual los hombres “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo, primer párrafo), lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (*Condición jurídica y derechos de los migrantes...* cit., párr. 146; asimismo: párr. 51).

“El *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas [*omnes*], tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares” —ídem, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77—). Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, “aun” cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), a fortiori, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas (Vasak, Karel, *Les principes fondamentaux d'interprétation et d'application des droits de l'homme*, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma —art. 13— contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (“Kot” cit., p. 299).

La defensa en estudio, sustancialmente, parece responder a una concepción instrumental del trabajador, análoga a la que fue materia de terminante censura por esta Corte en el precedente “Vizotti” citado. Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Interna-

cional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (cit., ps. 3691/3692). El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (“Mata, José María c/Ferretería Francesa”, *Fallos*: 252:158, 163/164), puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de “Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJP”, *Fallos*: 329:1638; “Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, *Fallos*: 329:4918, y “Aquino” cit., p. 3766 y su cita).

11) Que, en consecuencia, nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del artículo 16 de la Constitución Nacional (“Ganem”, *Fallos*: 324:392), sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” (“Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos Aires”, *Fallos*: 308:647, 653) y, por el otro, el trabajador es un sujeto de “preferente tutela” por parte de la Constitución Nacional (“Vizzoti” cit., ps. 3689 y 3690; “Aquino” cit., ps. 3770 y 3797; “Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA”, *Fallos*: 331:570, y “Bernald, Darío c/Bertoncini Construcciones SRL”, *Fallos*: 331:1488). Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona “derechos anteriores al Estado, de los que éste no puede privarlo (arts. 14 y ss.)”, no lo es “en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias”, tal como rezan los artículos 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (“Quinteros” cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador (*Fallos*: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora procuradora fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario con los alcances señalados y, en igual medida, se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, devuélvase el depósito (fs. 2), acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase. *Ricardo Luis*

Lorenzetti (en disidencia parcial) – *Elena I. Highton de Nolasco* (en disidencia parcial) – *Carlos S. Fayt* – *Enrique Santiago Petracchi* – *Juan Carlos Maqueda* – *E. Raúl Zaffaroni* – *Carmen M. Argibay* (en disidencia parcial).

Disidencia parcial del señor presidente doctor don Ricardo Luis Lorenzetti, de la señora vicepresidenta doctora doña Elena I. Highton de Nolasco y de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

1º) Que los actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud SA –titular de los comercios que giran bajo el nombre de fantasía “Easy”– con el objeto de que se declarara la nulidad de los despidos de los que fueron objeto, se los reinstalara en sus puestos de trabajo y se les abonara una reparación económica.

Alegaron que prestaban servicios para la demandada bajo la “pseudocategoría” de asesores, la cual –según dijeron–, estaba destinada a dejarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio.

Señalaron que el sindicato de esta última actividad les había negado la afiliación por lo cual crearon el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio –que fue inscripto ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006– y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, agregaron que el presidente de dicha comisión intimó a la demandada al pago de diferencias salariales a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa pidiera una lista de los integrantes de aquélla. En ese contexto, entre otras circunstancias, finalmente consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales.

2º) Que la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –por mayoría– confirmó el fallo de primera instancia que tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y ordenó, con fundamento en el artículo 1º de la ley 23.592, su reincorporación, a la vez que dispuso tener a las sumas por ellos percibidas con anterioridad a la promoción del pleito como cancelatorias de cualquier reclamo pecuniario derivado de este conflicto (fs. 316/340).

Para así decidir, el tribunal a quo entendió que la pretensión se había basado en las disposiciones de la ley 23.592. Afirmó que dicha norma prescribe la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable, lo cual estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 del Código Civil) o, incluso, a la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), de modo

que la rescisión decidida por la empleadora no tendría eficacia en razón de su finalidad discriminatoria.

En otro orden de cosas, descartó que la aplicación de la ley 23.592 al caso pudiese afectar el principio de congruencia, porque en el escrito de inicio se habían aportado la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitaban el ejercicio del *iura novit curia* para encuadrar el caso en la citada ley antidiscriminatoria.

Ello dio lugar al recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación origina la presente queja.

3º) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (artículos 14, 14 bis, 16, 17 de la Constitución Nacional; tratados internacionales afines, y la ley 23.592 de “Actos Discriminatorios”). Los restantes agravios –incluido aquél por el que se cuestiona el carácter discriminatorio atribuido a los despidos–, conducen al examen de cuestiones fácticas, probatorias y de Derecho común y Procesal ajenas –por principio– a esta instancia de excepción por lo que, en este aspecto, el remedio se declara inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4º) Que establecidos los puntos que habilitan la intervención de este Tribunal corresponde analizar el principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador. Al respecto, y como pauta interpretativa, cabe recordar que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (*Fallos*: 167:211; 171:348; 181:343; 240:311; 251:86; 255:293; 272:99; 280:311; 301:771, entre muchos otros).

5º) Que, a fin de abordar esta cuestión, se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que en iguales circunstancias se concede a otros. El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados, o tratar desigual-

mente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (causa P.1469.XLI, “Partido Nuevo Triunfo s/Reconocimiento. Distrito Capital Federal”, sentencia del 17 de marzo de 2009 y sus citas).

6º) Que el Derecho Constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación debe reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley aquí en juego como también el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”, y en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales (conf. causa “Partido Nuevo Triunfo” antes citada).

7º) Que, por lo demás, dado el contenido material del caso, cabe destacar lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, en el Convenio Nº 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968) de jerarquía supralegal dada su naturaleza (conf. causa “Milone”, Fallos: 327:4607) el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2º).

Asimismo, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), se expresó que todos los miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, “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, es decir [...] d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

Se trata, además, de objetivos que han resultado convalidados en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima

séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Por su parte, la Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998), después de prever que todo trabajador “tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamientos y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes”, dispone que los Estados Partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación...” (art. 1°).

8°) Que, por otro lado, la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y –en principio– comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio.

En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

9°) Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad– a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de *Fallos*: 273:87, “De Luca”; 306:1208, “Figueroa” y 321:3081, “Agnese”).

10) Que una vez delineados los aspectos fundamentales de los principios de igualdad ante la ley y a la no discriminación y libertad de contratar, corresponde abordar la cuestión federal planteada: si la ley 23.592 es aplicable a la relación

de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su artículo 1°.

11) Que para decidir la primera cuestión cabe señalar que en dicha disposición se establece que “[Q]uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

12) Que los inequívocos términos de la norma transcrita no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada. Una conclusión contraria implicaría desconocer la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida por el legislador con su dictado.

13) Que, sentado lo expuesto, corresponde ahora analizar cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en el artículo 1°. Como se desprende del texto normativo transcrito, el afectado –discriminado– tiene derecho a que se “deje sin efecto” el acto discriminatorio y se resarzan los daños y perjuicios sufridos.

En lo que atañe a este tipo de actos adoptados en el ámbito laboral es menester distinguir entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador.

14) Que, en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir

discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes.

En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido motivado en el matrimonio del trabajador, artículo 182, LCT; o en el embarazo de la trabajadora, artículo 178, LCT), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (artículo 177, LCT; artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado (tres meses anteriores y seis posteriores al matrimonio –artículo 181, LCT–; por el tiempo que dure la gestación –artículo 177, tercer párrafo, LCT–; siete meses y medio anteriores y posteriores al parto –artículo 178, LCT–; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año –artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales–; seis meses a partir de la postulación –artículo 49 de la Ley de Asociaciones Sindicales–). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa.

15) Que, en línea con lo que se acaba de exponer, cabe señalar que en el precedente “Madorrán” (*Fallos*: 330:1989), esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el artículo 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía sólo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la esfera privada rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Como ya se dijo, el Derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio.

16) Que, en vista de todo lo expuesto cabe concluir que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo

ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Éste es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo.

Nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del Derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino que, como se ha establecido *ut supra*, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado.

Ahora, ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta –a criterio de este Tribunal– la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego.

17) Que la solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del Derecho Internacional. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que las víctimas de violaciones al Derecho del Trabajo “...tienen derecho a una reparación adecuada, que [puede] adoptar la forma de restitución...” (*Observación General N° 18. El Derecho del Trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 48). En igual sentido, se ha pronunciado en la *Observación General N° 16* acerca de “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales” (año 2005, párr. 21).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que en el supuesto de un despido discriminatorio *una de las modalidades* para restablecer la situación de igualdad se presenta cuando la persona discriminada “recupera su puesto de trabajo” (Asunto C-271/91, “M. Helen Marshall *c/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*”, sentencia del

2-8-93, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8*, ps. 4407/4408, párrs. 24/25).

18) Que, en tales condiciones, ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa. De tal forma, 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 artículo 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

Por ello, oída la señora procuradora fiscal, se hace lugar parcialmente al recurso de queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 344/359 vta. y se revoca el pronunciamiento con el alcance indicado. Costas por su orden en atención a la forma en que se decide y a la naturaleza de las cuestiones propuestas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. *Ricardo Luis Lorenzetti – Elena I. Highton de Nolasco – Carmen M. Argibay.*

**CSJN, 15-11-2011, “PELLICORI, LILIANA
SILVIA C/COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS
DE LA CAPITAL FEDERAL S/AMPARO”**

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”.

Considerando:

1º) Que, en lo que interesa, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, contra la sentencia de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo adversa al reclamo de nulidad del despido y reinstalación en el cargo, fundado por la empleada en el artículo 1º de la ley 23.592 y en considerar que el motivo real del distracto no fue el invocado a modo de justa causa por la demandada sino que respondió a razones de índole discriminatoria. El a quo sostuvo, a tal fin, que la respuesta de “nulidad intensa” que contempla la norma citada requiere de “una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados”. Asentó tales asertos en dos razones: la primera, que el régimen de estabilidad relativa impropia sólo genera consecuencias indemnizatorias y, la segunda, que el juego armónico de los artículos 14, 14 bis, 17 y 33 de la Constitución Nacional, impone un “estricto análisis de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria del contrato de trabajo”. Con este marco conceptual, y después de establecer que el aludido “esfuerzo probatorio” recaía “únicamente” sobre la trabajadora, juzgó que los elementos de ilustración acompañados no fueron “suficientes” para establecer un “claro nexo causal” entre la ruptura contractual y el motivo invocado por la actora, no obstante admitir la existencia de indicios favorables al respecto.

2º) Que los agravios dirigidos a las pautas probatorias establecidas por el a quo para ser aplicadas en litigios civiles que, con arreglo a la ley 23.592, ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación, remiten al estudio de cuestiones de índole federal (art. 14.1 de la ley 48), mayormente cuando esta Corte, a tal fin, no se encuentra limitada en su decisión por los

argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (“Schnaiderman”, *Fallos*: 331:735, 2008 y sus citas). En consecuencia, y en tal medida, al estar reunidos los restantes recaudos de admisibilidad, procede habilitar esta instancia extraordinaria.

3º) Que el Tribunal, en bien conocidos precedentes, tiene aclarado que sostener que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el Derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, es conclusión que no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación (“Kot”, *Fallos*: 241:291, 302, de 5 de septiembre de 1958). Más aún; en palabras del caso “Siri”, resuelto pocos meses antes y recordado en “Kot”, el reclamo que formula la Constitución Nacional relativo al goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho, impone “a los jueces el deber de asegurarlas” (*Fallos*: 239:459, 464, del 27 de diciembre de 1957). “Kot”, asimismo, resultó la primera oportunidad en que el Tribunal hizo mérito, entre otros fundamentos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8º), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas: “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (cit., p. 302).

Este último y temprano señalamiento, a su vez, puso en evidencia la preocupación internacional por las garantías o recursos de protección de los derechos humanos, ya iniciada, justo es puntualizarlo, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948, mediante su artículo XVIII: “[t]oda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

4º) Que, por cierto, dicha preocupación no haría más que acrecentarse en los posteriores desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el orden universal como en el regional. Son ejemplo de ello, por mencionar sólo textos con jerarquía constitucional, además de los dos ya indicados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 2.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6º); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2.c), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25). Todos ellos apuntando, expresa o implícitamente, a recursos dotados, entre otros recaudos, de “efectividad”.

De tal suerte, la cuestión de los medios procesales destinados a la protección y, en su caso, reparación de los derechos y libertades humanos, se erigió como uno de los capítulos fundamentales del mencionado Derecho Internacional, impulsada por dos comprobaciones elementales: por un lado, que la existencia de estas garantías constituye uno de los “pilares básicos” del Estado de Derecho en una sociedad democrática, pero que, por el otro, “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso [...] que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Acosta Calderón vs. Ecuador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, N° 129, párr. 93 y sus citas; v. asimismo, entre los antecedentes históricos: “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párrs. 63, 66 y 81). Dicha efectividad del recurso, naturalmente, “debe ser medida” de acuerdo a la posibilidad de “cumplir con su objeto”, de “obtener el resultado para el que fue concebido” (ídem; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 49/99, caso 11.610, “Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. México”, 13 de abril de 1999, párr. 81, y *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129.Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, párrs. 248, 251 y 259). En otras palabras, la aludida calidad sólo puede ser evaluada en los casos concretos, tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes, el régimen nacional aplicable y los caracteres especiales del derecho subjetivo interesado (Nowak, Manfred, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl/Estrasburgo/Arlington, N. P. Engel, 1993, p. 60, a propósito del ya citado art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La flexibilidad y amplitud que brinda a los Estados el hecho de que la efectividad de los derechos deba ser realizada “por todos los medios apropiados” (v. gr., PIDESC, art. 2.1) “coexiste” con la “obligación” de aquéllos de “utilizar todos los medios de que dispongan” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9. La aplicación interna del Pacto*, 1998, párrs. 1°/2°), entre los cuales se inscriben, desde luego, las sentencias judiciales (“García Méndez y otra”, *Fallos*: 331:2691, 2702–2008–).

5°) Que se sigue de las anteriores consideraciones relativas al bloque de constitucionalidad, que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender y adecuarse a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de

éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Incluso el inciso 2.b del ya mencionado artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Los Estados se comprometen [...] b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial”), bien puede ser entendido como un reforzador del antedicho compromiso en punto a la calidad de los recursos toda vez que, después de todo, la obligación de establecerlos ya está enunciada en el inciso 1° de dicho artículo.

En este contexto, corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados –por recordar los términos del artículo 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional– y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (“Aerolíneas Argentinas SA c/Ministerio de Trabajo”, *Fallos*: 332:170 –2009–, y otros). *Corpus* este que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto.

En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2°; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2° y 7°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; PIDESC, arts. 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño,

art. 2º). Tanto es así que, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal en “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud SA” (*Fallos*: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 –2010–), los mentados principios han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*, según lo ha esclarecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, Nº 18, párrs. 97/101 y 110), lo cual acentúa, para el Estado, la “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato” de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 18. El derecho al trabajo*, 2005, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de “proteger” los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (*ídem*, párr. 22).

6º) Que, indudablemente, la ley federal 23.592 no es extraña a las reflexiones que han sido expuestas. Antes bien, la aplicabilidad de estas últimas se vuelve imperiosa por cuanto dicha ley no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del citado artículo 16 de la Constitución Nacional (“Ganem, Alfredo”, *Fallos*: 324:392 –2001–; “F. C. C. Medio Ambiente SA”, *Fallos*: 320:1842 –1997– y otros), sino que, además, debe ser entendida como un “ejemplo” o “reflejo” de la “exigencia internacional” de realizar por parte de los Estados “acciones positivas tendientes a evitar la discriminación”, lo cual también alcanza a la “interpretación” que de aquella hagan los tribunales (“Partido Nuevo Triunfo”, *Fallos*: 332:433, 439 –2009–). Por lo demás, no se presta a dudas que la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” (“Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos Aires”, *Fallos*: 308:647, 653 –1986–; “Álvarez c/Cencosud SA” *cit.*, p. 2325).

En tales condiciones, cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo “cabalmente”. Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado *prima facie* que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente (*Concluding observations: Zambia*, 2005, CERD/C/ZMB/CO/16, párr. 18: “[t]he Committee [...] encourages the State party to envisage regulating the burden of proof in civil proceedings involving racial discrimination so that once a person has established a

prima facie case that he or she has been a victim of such discrimination, it shall be for the respondent to provide evidence of an objective and reasonable justification for the differential treatment”). En igual sentido se ha pronunciado en otras y numerosas oportunidades (v. gr.: *Concluding observations: Australia*, 2005, CERD/C/AUS/CO/14, párr. 15; *Concluding observations: Iceland*, 2005, CERD/C/ISL/CO/18, párr. 14; *Concluding observations: Republic of Moldova*, 2008, CERD/C/MDA/CO/7, párr. 10; *Concluding observations: United States of America*, 2008, CERD/C/USA/CO/6, párr. 35, entre muchas otras). Todo ello, por lo pronto, en correspondencia con lo expresado por el citado Comité en su Recomendación General XXX, de 2004 (párr. 24).

Procede agregar, desde luego, que los descriptos resultan lineamientos tan sólidamente arraigados como extendidos, según lo demuestra su presencia en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto para la discriminación en general (v. gr., *Observaciones finales: Hungría*, 2007, E/C.12/HUN/CO/3, párrs. 8° y 31) cuanto para la referente a la relación de empleo (*Concluding observations: Liechtenstein*, 2006, E/C.12/LIE/CO/1, párrs. 7° y 26; *Concluding observations: Luxembourg*, 2003, E/C.12/1/Add.86, párr. 10; *Observaciones finales: Grecia*, 2004, E/C.12/1/Add.97, párr. 6°; *Observaciones finales: Polonia*, 2002, E/C.12/1/Add.82, párr. 7°). Su *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2°, párrafo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, de 2009, que tuvo por objeto aclarar la comprensión del artículo 2.2 del PIDESC, reitera la perspectiva enunciada (párrs. 6° y 40).

Súmanse a dichos órganos, incluso en el terreno laboral, tanto el Comité de Derechos Humanos (*Observaciones finales: Islandia*, 2005, CCPR/CO/83/ISL, párr. 5°; *Observaciones finales: Chile*, 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 18), cuanto el Comité contra la Discriminación de la Mujer (*Observaciones finales: Alemania*, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, párrs. 17 y 18; asimismo: *Observaciones finales: Luxemburgo*, 2003, A/58/38, párr. 295; *Observaciones finales: Lituania*, 2008, CEDAW/C/LTU/CO/4, párr. 5°).

Es del caso acotar que estas pautas no sólo asisten a las presuntas víctimas de discriminación en tanto que litigantes, sino que también tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia (v. *Concluding observations: Zambia* cit., párr. 19; v. asimismo el segundo párrafo *in fine* del considerando siguiente). Luego, también tributan al combate contra la impunidad, la cual, resulta innecesario expresarlo, “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humana-

nos, “Caso Garibaldi vs. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de septiembre de 2009, Serie C, Nº 203, párr. 141 y sus citas).

7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo, máxime dado el especial y casi centenario cuidado puesto por ésta a los principios de igualdad y de no discriminación en el universo laboral, reafirmados e integrados, para 1998, en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (2.d)*. Así lo demuestra el estudio especial *Igualdad en el empleo y la ocupación*, elaborado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de dicha Organización, en 1988, íntimamente vinculado con normas fundamentales de esta última, así como con el Convenio Nº 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (ratificado en 1968), de jerarquía supralegal, como todos los de su género, de acuerdo con el artículo 75.22, primer párrafo, de la Constitución Nacional (“Milone”, *Fallos*: 327:4607, 4616–2004–).

En tal sentido, advirtió que “[u]no de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido” (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, “es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (ídem). Por consiguiente, continuó, “en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación” (ídem). En diversos Estados, agregó con cita de Estados Unidos de América, República Federal de Alemania, Francia, Jamaica, Finlandia y Suecia, “la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etcétera. Si tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que

habrá de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio” (ídem). Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, “la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo” (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una “importancia fundamental en toda discriminación alegada”, dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios...” (párr. 225), para concluir en que, de todo ello “se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación...” (ídem).

En un análogo orden de ideas se inscriben los estudios especiales de la mencionada Comisión de Expertos, de 1996, homónimo al antedicho (párr. 264), de 1986, titulado *Igualdad de remuneración* (párrs. 102 y 167), y de 1983 sobre *Libertad sindical y negociación colectiva* (párr. 280); v. asimismo: *Observación individual sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958 (Nº 111) Uruguay (ratificación: 1989), publicación: 2010, segundo párrafo.

8º) Que si bien lo ya expresado es suficiente para descartar todo sustento a la postura asumida por el a quo, es oportuno y conveniente señalar que la reflexión sobre los problemas probatorios en la materia *sub discussio* también ha surgido, desde hace tiempo y de manera no menos manifiesta, en otros ámbitos, como el de la Unión Europea, tal como lo acredita, entre otros antecedentes, la *Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*, cuyo objetivo radicó en “mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes” (art. 1º; v. asimismo los párrs. 17/18 de los considerandos). A tal fin, dispuso en su artículo 4º (*Carga de la prueba*): “1. Los

Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. 2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante”.

Otras directivas del mismo origen y signadas por una análoga orientación y resultado, como las 2000/43/CE *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (29 de junio de 2000, art. 8º y párr. 15 de los considerandos), 2000/78/CE *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (27 de noviembre de 2000, art. 10 y párrs. 15, 31 y 32 de los considerandos) y 2004/113/CE *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (13 de diciembre de 2004, art. 9º y párr. 22 de los considerandos), también habían partido de la comprobación de que, en los casos de igualdad de trato, resulta, a menudo, muy difícil obtener las pruebas necesarias para demostrar dicho motivo, las cuales suelen obrar en poder del demandado. Comprobación esta que, en lo esencial, conviene subrayarlo, ya había sido señalada, con iguales fines en cuanto a la faz probatoria, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (v. gr., “Danfoss”, asunto 109/88, sentencia del 17 de octubre de 1989, Recopilación 1989, p. 3199, y otros; v. asimismo, sobre el antes citado art. 8º de la Directiva 2000/43/CE: asunto C 54/07, sentencia del 10 de julio de 2008, esp. párr. 30).

Más todavía; la antedicha *Directiva 97/80/CE*, junto con otras, fue refundida en la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, reiterando el entendimiento de que “[l]a aplicación efectiva del principio de igualdad de trato [...] requiere que los Estados miembros establezcan procedimientos adecuados” y que la “adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del [citado] principio” (considerandos, párrs. 29/30; v. art. 19, que reitera el citado art. 4º de la *Directiva 97/80/CE*).

En este contexto, también es apropiado memorar alguna de las normas internas que han traspuesto estos instrumentos, entre las que se destacan, la ley

francesa 2008-496, del 27 de mayo de 2008 (*Loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*), modificatoria, entre otras disposiciones, del artículo L 1134-1 del Código del Trabajo; la Ley Orgánica española 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Ley General de Igualdad de Trato alemana (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [AGG]*, § 22), y el Código de la Igualdad de Oportunidad italiano (*Codice delle Pari Opportunità*, decreto legislativo del 11 de abril de 2006, art. 40.1).

9º) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, la cual, según sus propias palabras, por un lado, ha tenido posteriores concreciones en la legislación procesal española y recibido consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa (p. ej., la ya citada *Directiva 97/80/CE*) y, por el otro, se funda tanto en la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, cuanto en considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de develar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial (*STC 17/2003*, sentencia del 30 de enero de 2003, fundamento jurídico 4 y sus citas). En tal sentido, ese tribunal tiene juzgado que “cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada” (*STC 17/2007*, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas).

La Corte Constitucional belga, a su turno, tuvo ocasión de examinar los agravios que, dirigidos contra la distribución de la carga probatoria prevista en la ley “antirracismo”, la ley general “antidiscriminatoria” y ley sobre “género”, se basaban en que estas normas violaban los artículos 10 y 11 de la Constitución

de Bélgica, así como el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia garantizado por el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, en la medida en que desplazaban la carga de la prueba sobre el demandado en una acción civil por un acto discriminatorio. El citado tribunal, en primer lugar, advirtió que esta última carga sólo se producía después de que la presunta víctima hubiese probado hechos suficientes y pertinentes que hicieran presumir la existencia de discriminación y su específica relación con la persona del autor del acto, y que dichos elementos de ilustración no se beneficiaban de una fuerza probatoria particular, lo cual el juez debía evaluar según las reglas de Derecho común. Sobre estas bases, entre otras, descartó un menoscabo al debido proceso, desde el momento en que los preceptos habían alcanzado un justo equilibrio entre las partes en el proceso, por un lado, al tener en cuenta la situación desfavorable en la que se encuentra la víctima desde un comienzo en el litigio y, por el otro, al someter las situaciones en las cuales la carga probatoria se traslada al demandado a una serie de condiciones razonables. Finalmente, también desconoció una violación a la presunción de inocencia desde el momento en que la normativa no era aplicable a procesos penales (*Arrêt 17/2009*, del 12 de febrero de 2009, párrs. B.91 y ss.).

El presente problema tampoco ha sido ignorado por la Cámara de los Loes inglesa. En “Regina vs. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others”, del 9 de diciembre de 2004, la baronesa Hale of Richmond recordó que, desde 1968, resultaba ilícito para los empleadores (así como para los proveedores de educación, vivienda, bienes y otros servicios), discriminar a las personas por su condición racial, tal como lo prescribía la ley vigente (*Race Relations Act 1976*), que en muchos aspectos se identificaba con la *Sex Discrimination Act 1975*. Los principios que establecían, acotó, eran bien conocidos y simples, aunque de dificultosa aplicación en la práctica. Los elementos de la discriminación ilícita eran: (i) una diferencia de trato entre una y otra persona (real o hipotético) de diferente sexo o grupo racial; (ii) que el trato fuera menos favorable para una de aquéllas; (iii) que sus circunstancias relevantes fueran igual o materialmente no diferentes, y (iv) que la diferencia de trato se basara en el carácter racial. Empero, observó, dado que las personas raramente advierten sus prejuicios y pueden incluso no ser conscientes de ello, la discriminación, normalmente, resulta probada más por inferencias que por pruebas directas (“*However, because people rarely advertise their prejudices and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence*”). “Luego, una vez acreditado el trato menos favorable en comparación con otra persona –elementos (i), (ii) y (iii)–, la Corte debe dirigirse al señalado como discriminador

requiriéndole una explicación. Esta última debe, por cierto, no estar relacionada con la raza o el sexo del actor. Si esto último no fuera así, o no fuese dada una explicación satisfactoria, es legítimo inferir que el trato menos favorable se fundó en motivos raciales: véase: ‘Glasgow City Council vs. Zafar’ [1997] 1 WLR 1659, aprobando ‘King vs. Great Britain-China Centre’ [1992] ICR 516. Si la diferencia es racial, los motivos o razones que estén detrás de ello son irrelevantes: ver, por ejemplo, ‘Nagarajan vs. London Regional Transport’ [2000] 1 AC 501” (párr. 73).

Incluso, desde el punto de vista de la Carta Social Europea revisada, el Comité Europeo de Derechos Sociales tiene resuelto que del artículo 1.2 de ésta (“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen [...] 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”), se desprende la obligación estatal de “aligerar” (*alleviation*) la carga de la prueba del empleado en controversias atinentes a la discriminación en el trabajo (reclamo N° 24/2004, SUD, “Travail Affaires sociales c/France”, decisión del 8 de noviembre de 2005, párrs. 34/35). Asimismo, en la introducción general de sus conclusiones 2008, reiteraría que en los litigios relativos a una alegación de discriminación en el ámbito cubierto por la citada Carta, “la carga de la prueba no debería pesar enteramente sobre el demandante, sino ser objeto de un aligeramiento apropiado” (European Committee of Social Rights, *European Social Charter [revised]. Conclusions*, vol. 1, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2008, p. 10).

Más aún; dentro del marco del citado Consejo de Europa también se destaca la Recomendación de Política General N° 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la cual, después de citar, entre otros antecedentes, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE de la Unión Europea, recordadas en el considerando anterior, precisó que un componente clave para la legislación nacional contra el racismo y la discriminación racial consistía en que previera que si una persona que se consideraba víctima de un acto discriminatorio establecía ante un tribunal hechos que permitían presumir que había sido víctima de una discriminación directa o indirecta, correspondía a la parte demandada probar que no se había configurado una discriminación (*Recommandation de Politique Générale N° 7 de L’ECRI sur la Législation Nationale pour Lutter contre le Racisme et la Discrimination Raciale*, 13-12-2002, III, 11).

10) Que aun cuando referente al contencioso de la Convención Europea de Derechos Humanos y a un supuesto de discriminación indirecta, no puede ser pasada por alto la sentencia “D. H. et autres c/République Tchèque/D. H. and Others vs. the Czech Republic”, dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos el 13 de noviembre de 2007, mayormente cuando la jurisprudencia de

esta última, a juicio del Tribunal, constituye una pauta “valiosa” de hermenéutica de los tratados (“Llerena”, *Fallos*: 328:1491, 1514 –2005–). En efecto, en dicho caso, su formación más solemne, *i. e.*, la Gran Sala, advirtió, por un lado, que el grado de convicción necesario para alcanzar una conclusión y, al respecto, el reparto de la carga de la prueba, están intrínsecamente ligados a la especificidad de los hechos, a la naturaleza de la alegación formulada y al derecho convencional en juego (párr. 178). Y por el otro, que no todos los litigios se prestaban a una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* (párr. 179), de manera que no debía excluirse, en casos de discriminación, la posibilidad de requerir del Estado demandado que, frente a un “agravio defendible” (*grief défendable/arguable allegation*), debiera refutarlo. En suma, previo recordar su antecedente “Natchova et autres c/Bulgarie/Natchova and others c/Bulgaria” –en el que había reconocido los escollos probatorios de los reclamantes para demostrar la existencia de un trato discriminatorio– y las Directivas 97/80/CE y 2000/43/CE, ya mencionadas anteriormente (considerando 8), juzgó que, en estos supuestos, debían aplicarse a los actores reglas probatorias menos rigurosas, por lo cual, cuando éstos aportaran hechos fiables y significativos para constituir un principio de prueba (*commencement de preuve/prima facie evidence*) o una presunción simple del mencionado trato, correspondía al Estado demandado demostrar que la distinción cuestionada no era discriminatoria (párrs. 186/189).

Estas conclusiones, cabe agregar, no encuentran impedimento alguno para su aplicación en el campo de la discriminación directa (Dubout, Edouard, *L’interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l’homme: renouveau ou évolution? Epilogue dans l’affaire “D. H. et autres c/République Tchèque”*, en *Revue Trimestrielle de Droits de l’Homme*, N° 75, 2008, ps. 839/840). Por lo demás, en el reciente “Muñoz Díaz c/Espagne/Muñoz Díaz c/Spain” (sentencia del 8 de diciembre de 2009, párr. 50) la Corte Europea volvió sobre alguno de los conceptos señalados en *D. H. et autres*, al paso que el Parlamento Europeo se hizo eco de este último en la resolución del 14 de febrero de 2009 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (párr. 127).

11) Que las consideraciones que han sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva supralegal, establecen bases suficientes, según ha sido adelantado al comienzo del considerando 8, para la solución del *sub lite*. En efecto, primeramente, ratifican la ya enunciada necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los dere-

chos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Y, en segundo término, ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de *ius cogens*. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego.

Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su 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. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al Derecho Comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que éstos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado.

12) Que, de consiguiente, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado, lo cual, por un lado, vuelve abstracto el examen de los restantes cuestionamientos y, por el otro, no abre juicio sobre el desenlace definitivo de la causa (art. 16, primera parte, de la ley 48).

Por ello, y oída la señora procuradora fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indica-

dos, con costas en el orden causado por tratarse de una cuestión novedosa (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; *Fallos*: 319:1664, 1667, entre muchos otros). Acumúlese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, devuélvase a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento de acuerdo con el presente. *Carlos S. Fayt – Enrique Santiago Petracchi – Juan Carlos Maqueda – E. Raúl Zaffaroni.*

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL.....	7
<i>Presentación</i> , por MARIO E. ACKERMAN	9

DESPIDO DISCRIMINATORIO: PROBLEMAS ACTUALES EN TORNO A UN INSTITUTO ANTIGUO

por JORGELINA F. ALIMENTI

.....	15
1. ¿De qué se habla cuando se habla de discriminación?	17
a) En el lenguaje común	17
b) En el léxico jurídico.	18
c) Estructura conceptual de la discriminación.	29
d) La discriminación en ocasión del despido.	31
e) ¿Son asimilables las nociones de despido discriminatorio y despido represalia?	32
2. La ley 23.592 y su aplicabilidad a las relaciones de trabajo.	40
3. ¿Qué dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”?	43
a) El voto de la mayoría.	43
b) El voto de la minoría	47
c) La doctrina del caso “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”	50
4. La prueba de la discriminación en ocasión del despido	51

5. La situación del trabajador despedido por motivo discriminatorio y luego reinstalado en su puesto de trabajo.	59
6. La prueba del daño y su reparación.	61
a) La determinación del daño moral	63
b) La cuantificación del daño moral	64
c) El daño material.	65
7. Reflexiones finales	66

EL ACTO DISCRIMINATORIO BAJO LA FORMA DE DESPIDO

por EDUARDO ÁLVAREZ

1. Introducción y precisiones terminológicas. La aplicación y los alcances de la ley 23.592	69
2. El ordenamiento supranacional, el “ <i>ius cogens</i> internacional” en materia de discriminación y la trascendencia de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación	82
3. Los temores	87
4. La prueba de la discriminación y los principios garantistas. Somero análisis crítico de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 15 de noviembre de 2011, en autos “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”	88
a) Introducción. Estricta jurisdiccionalidad y cognoscitivismo procesal	89
b) El pronunciamiento del alto tribunal, a la luz de la doctrina reseñada	94

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

por HÉCTOR C. GUISADO

1. Clasificación y protección del derecho a la igualdad de trato	97
2. La ley 23.592 y su aplicación en materia laboral	102
3. Fórmulas de protección contra el despido sin causa justificada	105

4. La estabilidad del trabajador privado en el Derecho argentino.	107
5. La estabilidad en los convenios internacionales	111
5.1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	111
5.2. El Convenio N° 158 de la OIT	112
5.3. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).	115
6. La estabilidad propia de los trabajadores privados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	118
7. La discriminación en el despido	126
7.1. Concepto de discriminación	126
7.2. Reconocimiento de indemnizaciones extratarifarias	130
7.3. Reinstalación en el empleo	132
7.4. El fallo “Álvarez c/Cencosud”	137
7.5. La carga de la prueba del motivo discriminatorio	145
8. Conclusiones	155

**A PROPÓSITO DE LA ESTABILIDAD IMPROPIA
EN EL DERECHO ARGENTINO DESPUÉS DE
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
Y LOS FALLOS SOBRE REINSTALACIÓN
EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN**

por CARLOS ALBERTO LIVELLARA

I. Introducción.	159
II. Principios de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo	163
III. Su recepción en los textos constitucionales	165
IV. Su desarrollo en nuestro país antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo	167
V. Implementación a nivel legislativo nacional.	168
VI. Breve referencia a las regulaciones de índole laboral.	169
1. La igualdad de trato en la Ley de Contrato de Trabajo	169

2. Incorporación del despido discriminatorio por la ley 25.013 (art. 11)	172
VII. La ley 23.592 y su aplicación a las relaciones laborales	173
1. Tendencias doctrinarias sobre el tema	174
2. Principales orientaciones jurisprudenciales	180
a) Discriminación en la etapa precontractual	181
a.1) Derecho a trabajar.	181
a.2) No contratación por enfermedades detectadas en el examen de preingreso.	181
a.2.1) Diabetes	181
a.2.2) Sida	181
b) Discriminación durante el desarrollo de la relación laboral	182
b.1) Exclusión del trabajador de percibir una retribución adicional por prestar servicios los sábados y domingos.	182
b.2) Discriminaciones que habilitaron el despido indirecto del trabajador	182
c) Discriminaciones al momento de la extinción del contrato de trabajo.	182
c.1) Con reconocimiento sólo de daño moral	182
c.1.1) Sida	182
c.1.2) Diabetes	183
c.2) Con reincorporación del trabajador	183
3. La doctrina judicial de la Corte Suprema en el fallo: “Álvarez c/Cencosud SA”	188
a) Los antecedentes fácticos del caso (hechos).	189
b) Sentencia de primera instancia	189
c) Sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo	190
d) Dictamen de la Procuración General de la Nación.	191
e) Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	192
e.1) Fundamentos del fallo	192
e.2) Disidencia.	197
VIII. Reflexiones sobre el tema.	200

DESPIDO DISCRIMINATORIO

por LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

1. La protección frente al despido	219
2. La incorporación de la ley 23.592 en el sistema jurídico argentino.	221
3. ¿Cuándo hay acto discriminatorio?	224
4. La cuestión de la prueba de la discriminación	235
5. Las consecuencias del despido fundado en actitud discriminatoria	239
a) La cuestión de la reinstalación	239
b) El daño moral.	242
6. El impacto de la decisión de la Corte Suprema en la causa “Álvarez c/Cencosud”	245
7. Propuesta de reformulación del sistema en el contexto del referido fallo “Álvarez”	247

ANEXO

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”	257
CSJN, 15-11-2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”	281

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 5 DE OCTUBRE DE 2012 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

