

SENTENCIA DEFINITIVA NRO. 76249. SALA V. AUTOS: “SME c/ UPOSPCN s/ Daños y Perjuicios” (JUZG. N° 18).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 14 días del mes de mayo de 2014 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y **EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT** dijo:

Contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda apela la accionada. Por los honorarios regulados apela la parte actora y por sus honorarios el letrado de la actora y los peritos psicólogo y contador.

Sostiene la demandada que la acción no debió prosperar por cuanto entiende que no ha sido acreditada la discriminación en el despido alegada en el inicio pues realiza suposiciones y da por ciertos extremos que no se encuentran acreditados en el expediente.

En particular cuestiona la posibilidad de haber tenido conocimiento del padecimiento de SIDA de modo contemporáneo a la decisión de despedir al actor. Indica además que se han demostrado los motivos por los que el actor fue despedido si bien la causa no fue invocada.

Como se ocupa de señalar Lorenzetti<sup>1</sup>:

... la distribución dinámica de la prueba es un principio interno del proceso, mientras que el de la posición probatoria es externo: se refiere a la accesibilidad que tiene un individuo respecto de la prueba que se le exige.

De ahí que surjan las reglas sustantivas derivadas del principio protectorio que apuntan a mejorar la posición probatoria de quien no puede cumplir las cargas en condiciones de igualdad. Es una protección contextual como la que se instrumentaliza para el contratante débil.

En este análisis de la posición probatoria Lorenzetti distingue un análisis *ex ante*, en el que se tiene en cuenta la relación entre la parte y la accesibilidad de la prueba, generalmente de origen legal y un análisis *ex post*, generalmente de origen judicial y que tiene en cuenta el comportamiento de las partes durante el proceso. Entre las reglas *ex ante*, que son las que mayor importancia tienen para la resolución de la presente causa, Lorenzetti distingue la regla de la normalidad y las reglas derivadas del principio protectorio (principios *pro damato*, *pro operario*, de protección del económicamente débil y de la profesionalidad).

La regla de normalidad importa que la carga se traslada de una parte a otra según el juego de las verosimilitudes, teniendo en cuenta que en nuestro derecho cuando la

ley refiere al curso normal y ordinario de las cosas en materia de causalidad está dando una guía importante para la aplicación de las reglas de la sana crítica establecida por el artículo 386 CPCCN.

Las reglas derivadas del principio protectorio establecen un régimen de presunciones en el que se tiene en cuenta las mayores dificultades en la obtención de prueba por parte de uno de los sujetos.

Como se ocupa de señalar Carbone:

Es común leer y escuchar la pregunta ¿quién debería probar y no lo hizo? Por supuesto que no se debe probar nada, porque no hay ningún deber –ergo, ninguna sanción a su omisión- en ello respecto de las partes. Es hora de recordar que es una carga, un imperativo jurídico en el propio interés si no pruebo, no me sancionan, no me compelen patrimonialmente como sucede ante el incumplimiento de una obligación. Sólo pierdo dicha ventaja procesal. Tampoco se soluciona el intrínquis preguntando ¿quién es el actor o el demandado? O, ¿quién tenía la carga de hacerlo? La cuestión es preguntarse ¿quién va a asumir las consecuencias de que determinado hecho controvertido no esté suficientemente probado?

Estar claros en esto es de vital importancia, por cuanto una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y por tanto a una sentencia errada.

En realidad, esta idea esencial en el tema nos demuestra que más que reglas de prueba, son reglas de decisión.<sup>2</sup>

Precisamente porque estas reglas son reglas de decisión frente a la inexistencia de prueba capaz de producir convencimiento en el juzgador intersubjetivamente explicitable, la norma preeminente respecto de la carga de la prueba no es la del artículo 377 CPCCN, sino la del artículo 386 CPCCN que impone al juzgador resolver respecto del material probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esto es, de acuerdo a las máximas de la razón y la experiencia. Mientras las reglas de la sana crítica son el instrumento teórico por el cual es posible aproximarse a los medios y objeto de prueba, la regla del artículo 377 tiene una función residual: determinar ante la ausencia de prueba de un hecho quién habrá de correr con las consecuencias de éste. Por este motivo la invocación a la norma del artículo 377 CPCCN que se hace al encabezar el análisis de la prueba de un expediente resulta errónea. Su invocación es adecuada frente al agotamiento del análisis de la incidencia de los medios sobre el objeto de prueba.

Indicar quién tenía la carga de la prueba previo al análisis de la prueba producida en la causa importa asignar posiciones probatorias fijas (contrarias a la teoría de la carga dinámica de la prueba que la anterior vocalía también comparte) y olvidar que la prueba es adquirida para la causa con prescindencia de quien en definitiva haya

---

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo L., Teoría General de la Carga Probatoria, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13. Prueba –I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, página 65.

<sup>2</sup> CARBONE, Carlos Alberto, Cargas probatorias dinámicas: Una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción, en PEYRANO, Jorge W. (director) LÉPORI WHITE, Inés (coordinadora) *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2008, página 203

de correr con la carga de la ausencia de medios adecuados. No hay un sujeto que deba probar. El análisis de la prueba requiere analizar qué hechos han sido probados y no quién debía hacerlo.

Ello cambia la pregunta que debe realizarse respecto del objeto de prueba y, con ello, los requisitos a los que está sometida la respuesta. La pregunta no es ¿Probó el actor el vicio de violencia que torna nulo el acto jurídico? Sino ¿Ha quedado acreditado en la causa que el acto de renuncia estuvo viciado por violencia? Este cambio en la pregunta importa ya un deslizamiento semántico. En el primer caso la prueba adquiere una cierta consistencia ontológica incompatible con su carácter de juicio práctico. Algo falta para dar consistencia a la argumentación. En el segundo caso la decisión sobre el material probatorio y el objeto de prueba importa la necesidad de una apuesta racional que viene impuesta por la proscripción del *non liquet* para el juez. La pregunta pasa a ser entonces ¿Qué debo decidir frente a estas pretensiones y a este material probatorio?

En el caso ha quedado demostrado que el actor es despedido de modo concomitante a la comunicación de la situación de enfermedad que padece. También debe señalarse que el Instituto donde el actor se realizara los estudios se encuentra dirigida a partir del 31 de Diciembre de 2004 por el Presidente del Consejo Directivo de la Obra Social en su carácter de Presidente del Consejo de Administración de dicha Fundación (pericial contable a fojas 297) y que el equipamiento que la Fundación utiliza fue cedido en comodato por la Obra Social empleadora. En particular debe destacarse que la jefe del actor, L. I. C. refiere haber conocido que el actor padecía SIDA por comentarios.

Estos son los hechos a los que el juzgador debe enfrentarse. La tarea no es la de un comerciante o de un auxiliar contable que pesa la “entidad probatoria” para ver si sobran o faltan cinco para el peso y así decir que el hecho ha sido probado o no. Estos son los resabios de la teoría inquisitorial de la prueba tasada que actúan sobre la práctica de jueces que, ideológicamente nada tienen que ver con ella, el suscripto incluido.

En todos los casos los jueces se ven impelidos a decidir por imposición legal. Esto es, a elegir entre opciones distintas y contrarias y todo juicio que se emite es una hipótesis y nada más que una hipótesis sobre objetos y relaciones entre objetos a los que sólo es posible acercarse por signos (testimonios, documentos, informes, etc.). Nunca nada puede ser probado con la fuerza de la certeza (salvo supuestos de psicosis), El mortal debe conformarse con lo probable, con las huellas de un suceso y con las huellas de otros sucesos referidos al primero. En esa tónica de razón de sistema que impone el encuentro con los signos es posible el advenimiento de un mundo como nosotros lo conocemos.

Se debe elegir una hipótesis en un juicio práctico, elección de la hipótesis

más probable en las condiciones reales de semiosis limitada. Abstraerse de esto, lleva a la teoría probatoria de la inquisición, la de la prueba tasada. O, en todo caso, a creer en la posibilidad de un acceso noumenal a la verdad allende el fenómeno.

Por supuesto, esta elección probable, esta creencia debe ser comunicable. Lo que nunca puede dejar de hacerse es de dar razón razonable de las causas por las que se elige. El *ars inveniendi* no puede ser jamás para el juzgador republicano, una cuestión privada.

Se podrá cuestionar que no se trata de prueba sino de inferencia, pero este tipo de planteo sólo es compatible con la creencia metafísica en la posibilidad de la certeza, en que existe la posibilidad de una *adequatio intellectum ad rem*. Lamentablemente para el narcisismo del sujeto, los mortales no pueden hacer otra cosa que inferir pues los hablantes viven en un mundo de signos y el signo es, por definición, todo aquello con lo cual se puede mentir.

En el caso debe decidirse entre dos postulaciones. La de la actora, de que el despido incausado encubre una decisión discriminatoria y la postulación defensiva de la demandada, de que existió una causa para disponer el despido.

En el caso concurre la presunción de materialidad que, en el decir de la CSJN en el caso “Mosca” se explicita del siguiente modo:

“...si bien puede haber una cierta imprecisión sobre el lugar exacto donde ocurrieron los hechos, no hay duda alguna que los mismos ocurrieron en las inmediaciones del estadio, durante el partido, y de que el actor estuvo en el momento en que ocurrieron los desmanes. Ello **revela una relación temporal y espacial que genera una fuerte presunción de que los hechos estuvieron vinculados**. Por otra parte, además de la conexión positiva, **el método de la supresión mental hipotética genera los mismos resultados, ya que no se advierte qué otra causa podría haber provocado ese daño**. No hay un testigo directo que haya observado la secuencia completa de los hechos, es decir, quién lanzó la piedra, cómo ella pasó por encima de la pared, y cómo fue a dar en la persona del actor. Pero verdaderamente esa prueba es no sólo difícil, sino casi imposible. Por otra parte, nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, **la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable**, si se ha demostrado claramente esa probabilidad” (el resaltado pertenece al suscripto).

Si existe una relación temporal entre el estudio que determinó que el actor padecía SIDA –realizado por una empresa vinculada al empleador – y el despido, se produce la “...relación temporal y espacial que genera una fuerte presunción de que los hechos estuvieron vinculados”. Suponiendo por hipótesis que la demandada tenía motivos de queja respecto del trabajador por su prestación laboral, parece hartamente improbable que una persona de malos tratos con beneficiarios hubiera sido destinado a la atención personalizada y, más aún, que el distracto fundado en una pauta de conducta estable se produzca en el instante mismo en que el actor conoce de su enfermedad, que

fuera conocida por la Gerente superior directa del actor.

Por tanto, "...el método de la supresión mental hipotética genera los mismos resultados, ya que no se advierte qué otra causa podría haber provocado ese daño" (en el caso el acto antijurídico del empleador realizado con discernimiento, intención y libertad).

Para el análisis de la causa no se puede prescindir de la idea de posición probatoria de quien debe demostrar, en el seno de una organización empresarial, lo que ocurrió a puertas cerradas. Para ello no existe otra cosa que una siempre sospechosa conversión de personal de confianza de la demandada o la demostración de existencia de indicios graves y concordantes. En este orden de ideas, comparto el criterio del Sr. Juez de origen, por lo que debo tener por cierta la existencia de un despido discriminatorio fundado en el padecimiento de una enfermedad infecto contagiosa socialmente estigmatizada.

Sostiene en segundo término que al haber sido el actor indemnizado con las prestaciones establecidas por el artículo 245 RCT nada tiene el actor para reclamar como consecuencia del despido incausado.

Justo López califica al despido arbitrario como un acto válido e ilícito. Esta definición fue objeto de crítica por parte de quienes sostenían la existencia de una suerte de "derecho a despedir", fundando sus razones en la validez acordada por el sistema jurídico al acto de despido sin causa. Hoy, simétricamente, hay quien pretende concluir de la antijuridicidad del despido arbitrario la necesidad de su invalidez.

La invalidez del acto jurídico presupone la antijuridicidad del mismo. Sin esta antijuridicidad no existe razón alguna para impedir que éste cumpla los efectos para los que está destinado. Correlativamente, un acto jurídico presupone la validez pues este puede ser también definido como un proceso admitido por el derecho destinado a la creación de efectos jurídicos. Pero no todo acto que produzca efectos es de por sí un acto jurídico definido por el artículo 944 del Código Civil. La ley puede, en algunas circunstancias, otorgar efectos jurídicos a actos ilícitos, incluso a delitos tipificados por el Código Penal como muchos de los actos que son el presupuesto de una prescripción adquisitiva.

Por este motivo la nulidad no es el único medio de reacción frente a la antijuridicidad del acto pues existen otros tipos de reacción que no implican necesariamente la privación de los efectos a los que estaba destinado. No sólo eso, la nulidad es una sanción que sólo puede ser impuesta expresamente por la ley, sea de modo directo o indirecto.

Esto es lo que requiere expresamente el artículo 1037 del Código Civil: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este

código se establecen”. Para que un acto sea nulo, entonces, es necesario no sólo que sea antijurídico (lo que resulta de la contravención entre el contenido u objeto del acto con el orden jurídico entendido como *continuum*) sino que es menester que la nulidad sea el efecto expreso de la ley.

No hay contradicción alguna entre esta norma y la del artículo 18 del Código Civil que establece: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

La norma del artículo 18 en primer término realiza una declaración expresa de nulidad de todo acto prohibido por la ley. En segundo término establece que ello no será así si la ley designa otro efecto para la ilicitud.

De este modo, la norma del artículo 18 realiza la expresión legal requerida por el artículo 1037 al prever expresamente de modo general la sanción de nulidad y, a continuación, refuerza la discontinuidad entre los términos invalidez e ilicitud al señalar “...si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

Tal como lo señala María Emilia Lloveras siguiendo a Buteler Cáceres:

...la sanción de nulidad debe encontrarse en la misma ley, “debe emanar de la ley en términos indubitables, inequívocos, porque al ser una sanción la nulidad, solamente debe estar impuesta de antemano por la ley”. La ley puede, sin embargo, establecer la sanción de nulidad de dos modos diferentes: directo o indirecto<sup>3</sup>

Son múltiples los supuestos en el Código Civil en los que la prohibición legal no está seguida de la nulidad del acto. Así, el matrimonio del menor sin autorización de los padres no implica la nulidad del matrimonio sino la imposibilidad de administrar y disponer de los bienes (artículo 131), los contratos que, debiendo ser hechos en escritura pública son realizados en instrumento privado no implica la nulidad del contrato sino su transformación en contratos cuyo contenido es establecer la obligación de las partes de conformarlos en escritura pública (artículo 1185), etc.

En la materia que estamos abordando el artículo 245 RCT dispone: “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente...”. De este modo, el efecto del despido arbitrario es uno de los supuestos contemplados por el artículo 18 del Código Civil en los que la ley “...designa otro efecto para el caso de contravención”: La indemnización tarifada.

De esto se sigue que, a nivel legislativo, no es admisible la tesis de que la ilicitud del despido implica necesariamente su invalidez. El acto de despido produce efectos y, por lo tanto, no es nulo, salvo en los supuestos en que la ley expresamente ha designado a la nulidad como sanción (artículo 1037 del Código Civil), tales como son la

nulidad del despido discriminatorio o la represalia violatoria de la libertad sindical (supuestos que pueden coincidir en un caso particular pero no se identifican ni subsumen el uno en el otro).

Este argumento pone de relieve el yerro de la afirmación de Martínez Vivot<sup>4</sup> quien, con fundamento aparente en la norma del artículo 898 sostiene que si del despido arbitrario se sigue la adquisición, modificación y extinción de derechos y obligaciones, debe reputarse que es un acto lícito. No es sólo la sistemática del Código Civil la que lo desmiente sino la propia textualidad de la norma invocada.

Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.

Lo que torna lícito al acto voluntario no es la posibilidad de que de ellos resulte alguna adquisición, modificación o extinción de derechos sino que se trate de "...acciones voluntarias no prohibidas por la ley...". De hecho, de todo acto ilícito (válido o nulo) "...puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos". Si así no fuera, no sería ni lícito ni ilícito pues sencillamente no sería un hecho jurídico –tal como lo define el artículo 896-, pues sería indiferente para el derecho.

La norma del artículo 898 define simplemente la categoría genérica que engloba tanto al simple acto voluntario lícito (definido por el artículo 899) como aquellos que no tienen por fin inmediato alguna adquisición modificación o extinción de derechos y el acto jurídico (definido por el artículo 944) que es aquél que sí tiene este objeto inmediato.

La ilicitud de un acto es el efecto de una prohibición, de una violación al orden jurídico entendido como totalidad. En el caso del despido arbitrario implica: a) aquello contra lo cual el constituyente manda a proteger por la ley (artículo 14 bis CN); b) una ruptura del plazo de terminación de la relación impuesto por el orden público de protección (afecta así el derecho de propiedad tutelado por el artículo 17 de la CN en tanto comprensivo del sinalagma contractual) y; c) la admisión de una potestad sobre otro sujeto que no responde a funcionalidad (viola así el principio republicano-democrático exigido por el artículo 33 CN).

Establecida la discontinuidad entre los términos antijuridicidad e invalidez, corresponde analizar si existe algo así como un "derecho a despedir". Va de suyo que sostener que este existe porque el despido es válido importa desconocer la puntualización precedente. Por el contrario, el despido *ad nutum* es uno de los pocos

---

<sup>3</sup> LLOVERAS, María Emilia, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, Tomo 1A, página 59.

supuestos en los que la antijuridicidad viene marcada desde la Constitución Nacional cuando carga a los poderes constituidos con la manda de proteger contra el despido arbitrario. Es obvio señalar que aquello contra lo que el constituyente manda proteger es lo que se define constitucionalmente como antijurídico pues la protección de la Constitución es por antonomasia la protección del orden jurídico.

Es despido arbitrario aquel que obedece a la sola voluntad del sujeto emisor, lo que responde al solo arbitrio del agente. No es necesario para incurrir en la antijuridicidad marcada por la Constitución tipo de malicia alguno. Es entonces arbitrario aquél despido que no responde a las características objetivas de la contratación que marcan el momento de la finalización de la relación por agotamiento de su objeto o aquél que no obedece a injuria o imposibilidad material del cumplimiento que actúen como causa de justificación del despido (justa causa). Aparecen entonces claramente delimitados los dos supuestos en los que la extinción de la relación laboral dispuesta por el empleador están excluidos de la tacha de antijuridicidad: 1) extinción de la relación laboral por agotamiento de su objeto o causa fin objetiva de la contratación y b) una causa de justificación que excluya la antijuridicidad del acto de despido. Esta es, por otra parte, la clasificación de causas de exclusión de arbitrariedad del despido que contempla el Convenio 158 de la OIT.

En este punto debe señalarse que para el régimen constitucional argentino no es indiferente que la finalización de la relación laboral obedezca a la voluntad del trabajador o a la voluntad del empleador. Una de las características fundamentales de los regímenes constitucionales herederos de la Revolución Francesa consiste en que no resulta posible hacer violencia sobre el cuerpo del deudor, con referencia especial a uno de los antecesores más cercanos de la actual relación de trabajo: la servidumbre contractual. Lo que caracterizaba a la servidumbre contractual consistía, precisamente en la posibilidad de exigir la presencia del cuerpo del deudor por la fuerza para el cumplimiento de su débito contractual. Por esta causa Kant la llamaba una relación personal-real. A esta situación pone fin la norma del Código Napoleón en el artículo 1142 que establecía que toda obligación de hacer se resolvía en la de daños y perjuicios. Nuestro artículo 629 sigue la tesis de Pothier, que fue también la interpretación jurisprudencial de la norma francesa. En efecto: “Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir daños e intereses”.

Esta disposición ya coloca en una situación de desigualdad la prestación

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., Indemnización por despido superior a la tarifada por la LCT, *Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, 1977, Tomo IV página 444 y siguientes, especialmente página 446.

principal del trabajador (que ejecuta una obligación de hacer) y la del empleador (cuya obligación principal es de dar).

Desde un segundo punto de vista, debe tenerse en cuenta la diferencia de redacción entre la norma del artículo 1142 del Código Napoleón y la del artículo 629 de Vélez. Mientras la primera resuelve en daños y perjuicios a toda obligación de hacer, la disposición aplicable a nuestro país restringe esta resolución a los supuestos en que hubiera que hacer violencia sobre el cuerpo del deudor: "...violencia contra la persona del deudor", reza textualmente el artículo 629. Y esta diferencia de redacción no puede ser ignorada cuando en la nota al artículo 629 Vélez señala:

El cód. francés, por el art. 1142, declara que toda obligación de hacer o de no hacer se resuelven caso de inejecución por parte del deudor, en la satisfacción de daños e intereses; pero por el art. 1144, declara que el acreedor, puede también en caso de inejecución ser autorizado para hacerlo ejecutar él mismo a costa del deudor. MARCADÉ sobre el art. 1144, concilia esta aparente contradicción, diciendo que el art. 1142 no debe tomarse a la letra, cuando declara que toda obligación, de hacer o de no hacer, se resuelve en caso de inejecución en la satisfacción de daños e intereses. Esto no sucede sino en dos casos: 1° cuando la ejecución forzada no podría resultar sino de violencia dirigida contra la persona del deudor, y 2° cuando el acreedor, aunque pudiendo obtener la ejecución directa por la fuerza, se contentara con la satisfacción de los daños e intereses.

La innovación que trae consigo la revolución francesa y la ideología de la ilustración importa el respeto por la libertad de trabajar, lo que convierte en lícito al acto que –por parte del prestador de servicios – pone fin a la relación contractual. En este sentido, la renuncia al empleo es un derecho, por tanto su ejercicio es lícito salvo el supuesto de abuso. La tutela de la libertad del individuo, propio de los regímenes constitucionales liberales torna ilícita cualquier restricción –incluso contractual - a la libertad de trabajar, como la de fijar domicilio o mudar de religión.

Es curioso que, no obstante la claridad de la nota exista quienes interpreten el artículo 629 de nuestro Código Civil como si tuviera la redacción del artículo 1142 francés cuya interpretación, desde comienzos del siglo XX es similar a la que surgiría de una redacción similar a la de nuestro Código. La reincorporación de un trabajador no hace violencia sobre el cuerpo del empresario pero exigir el débito por parte del trabajador sí. No es cualquier obligación de hacer la que se resuelve en daños y perjuicios sino la que hace violencia sobre la corporalidad. En la generalidad de los casos el empleador, por ser una persona de existencia ideal ni siquiera tiene corporalidad para hacer violencia. Para cumplir su débito de ocupación el empleador sólo debe abstenerse de ejercer violencia sobre el cuerpo del trabajador que quiere cumplir su débito correlativo. De allí que el pretendido fundamento de la necesidad de la estabilidad relativa con fundamento en el principio *nemo ad faciendum cogi potest* es el efecto de una lectura de la norma de nuestro Código Civil como si respondiera a la literalidad de una sola norma del Código

Napoleón, la del 1142, olvidando la norma del artículo 1144.

Así se ha dicho:

De conformidad con el principio de Derecho Privado allí establecido (*nemo ad facendum cogi potest*), al tratarse de una obligación de hacer, no puede ejercerse violencia sobre la persona del deudor que no quiera ejecutar la *obligación de hacer* a que fue condenado judicialmente, lo que se resuelve con una indemnización que fijará el juez.<sup>5</sup>

No se trata de una imposibilidad de ejercer violencia sobre la persona del deudor porque es una obligación de hacer sino que una obligación de hacer o de no hacer sólo se resuelve en daños y perjuicios si para cumplirla debe hacerse violencia sobre el cuerpo del deudor. Este mismo error se reproduce en el voto minoritario de Guibourg al intentar repeler la reposición en especie del trabajador afectado de represalia sindical o discriminación, pretendiendo suplantar el cumplimiento por el resarcimiento dinerario cuando señala:

Un contrato es ley para las partes (art. 1197, Cciv.), 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 de daños y perjuicios (arts. 519 a 522, Cciv.).<sup>6</sup>

El párrafo citado aún a al desconocimiento de la preceptiva específica (artículo 629 del Código Civil) cuyos alcances el codificador se ocupa de precisar en la nota para que no haya espacio a lo que Eco denomina la interpretación aberrante, al desconocimiento de lo regulado por las normas de los artículos 519 a 522 del Código Civil. Éstas hacen referencia a las consecuencias del incumplimiento de una obligación de acuerdo al factor de atribución específico que, en el caso de inejecución maliciosa, somete al incumpliente al resarcimiento incluso de las consecuencias mediatas y no al tipo de prestación apto para resarcir las consecuencias mediatas o inmediatas de la inejecución, sean de dar, de hacer o de no hacer.

Son las circunstancias las que determinan el tipo de prestación que resarce las consecuencias inmediatas o mediatas de la inejecución, vinculadas a su posibilidad física o legal. Una inejecución contractual que provoque daño moral puede resarcirse, según el caso, mediante una petición de disculpas por el entuerto. De hecho, lo que señala el efecto normal de las obligaciones es el artículo 505 del Código Civil que pone en cabeza del acreedor la facultad de exigir el cumplimiento en especie, hacerlo proporcionar por otro y, en última hipótesis, el resarcimiento de daños y perjuicios. El tipo de acción esta condicionado a la elección del acreedor y a su posibilidad empírica o jurídica. Lo que hace imposible la ejecución en especie de una obligación de hacer no es que sea de hacer (de hecho puede ser proporcionada por un tercero a costa del deudor)

---

<sup>5</sup> OJEDA, Raúl Horacio y MACHADO, José Daniel, *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Mario Ackerman, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, tomo IV, página 237.

sino que se haga violencia sobre el cuerpo del deudor (artículo 629 del Código Civil).

Desde otro punto de vista se sostuvo, y aún se sostiene, que es una facultad de las partes poner fin en cualquier momento a un contrato por tiempo indeterminado. Sin embargo, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado no es un contrato sin plazo sino con plazo indeterminado (el momento en que ocurra alguno de los sucesos que necesariamente han de poner fin a la relación: muerte, jubilación, incapacidad, muerte del empleador cuando la posibilidad de realización del objeto del contrato está vinculada necesariamente a las condiciones particulares del mismo, etc.), tal como lo define el artículo 568 “El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice”. Todas las circunstancias aludidas son hechos que, en tanto alternativas de finalización de la relación imponen un plazo incierto, un hecho alternativo que necesariamente ha de suceder sin que pueda saberse exactamente cuando. Como indica el artículo 569: “Cualesquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo, y no condición, siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto”.

Por otra parte, tampoco es cierto que cualquiera de las partes pueda extinguir en cualquier momento la relación contractual por tiempo indeterminado pues esta facultad, que se considera implícita está condicionada a las expectativas de cumplimiento de la otra parte, por lo que doctrina y jurisprudencia civil y comercial han exigido unánimemente un preaviso adecuado a la índole y características de la relación contractual. La ruptura intempestiva e incausada es un ilícito contractual. Renuncia y despido no son equivalentes (aún prescindiendo de la norma del artículo 14 bis) por cuanto la renuncia está directamente vinculada a una libertad jurídicamente prevalente: La que separa el contrato libre de la servidumbre contractual. De este modo, quienes afirman que el período de prueba beneficia a ambas partes olvidan que sólo al empleador se lo beneficia excluyendo temporalmente la antijuridicidad del despido pues la renuncia es una libertad pública fundamental en un régimen republicano y democrático. En este sentido, el despido es un incumplimiento voluntario del plazo contractual y, por tanto, antijurídico a menos que opere una causa de justificación (justa causa). Por el contrario, la renuncia es el ejercicio de una libertad constitucionalmente prevalente al régimen contractual y, por tanto jurídica a menos que el ejercicio antifuncional y malicioso la torne antijurídica por operar el abuso del derecho.

Precisamente porque el despido arbitrario es antijurídico su consecuencia es la responsabilidad indemnizatoria por parte del empleador. Sin antijuridicidad no hay indemnización propiamente dicha, que requiere la concurrencia de un hecho, dañoso,

con un nexo causal adecuado entre el hecho y el daño, antijurídico y con un factor de atribución adecuado. Para que sea posible resarcir un daño, es menester que ese daño haya sido injusto. De ningún modo puede entenderse que se cumple la obligación de no despedir arbitrariamente pagando la indemnización. Precisamente respecto de las obligaciones de hacer o de no hacer (a las que pertenece la obligación de no despedir arbitrariamente) el artículo 631 señala: “El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses”. Tal como señalan Alberto Bueres y Abel Marino:

El pago de los daños y perjuicios no importa el cumplimiento de la obligación sino todo lo contrario. La indemnización es, justamente, el efecto de la falta de cumplimiento, como remedio para satisfacer el interés del acreedor ante la imposibilidad de la ejecución directa por parte del deudor. Si se concediera al deudor la facultad de liberarse pagando daños y perjuicios, se atentaría contra el principio de identidad del pago (art.740, Cod. Civil) según el cual el obligado no puede pretender entregar una cosa diversa de la debida. No existe una obligación alternativa, cuyo doble objeto sea la prestación originaria y la indemnización correspondiente; la obligación tiene un único objeto que consiste en el hecho debido.<sup>7</sup>

En este orden de ideas, el empleador debe una obligación de no hacer (no despedir arbitrariamente) y su violación –si bien no produce la ineficacia del acto porque el artículo 245 RCT no establece ese efecto para el caso particular-, es un supuesto de incumplimiento contractual. En tanto incumplimiento, su perpetración tiene como consecuencia el nacimiento de la acción de daños y perjuicios. De este modo, el cumplimiento del plazo del contrato constituye para el trabajador un elemento integrante del sinalagma que, como tal se proyecta como derecho de propiedad en sentido constitucional. Porque hay propiedad, hay resarcimiento necesario que da lugar a la acción indemnizatoria.

Tal como se ocupara de reseñar Ackerman hace ya largo tiempo, la indemnización por despido es una cláusula penal:

Como bien señala Etala, en el supuesto de la indemnización por despido, ella nace ante la violación por el empleador del bien jurídico protegido: la estabilidad en el empleo. Disentimos en cambio con el autor citado cuando éste aprecia que las teorías que ven en estas indemnizaciones un resarcimiento, pierden fuerza cuando el trabajador encuentra ocupación sin haber sufrido daño alguno.

Esta aseveración puede ser rebatida recurriendo al art. 656 del Código Civil, donde se reglamenta una institución cuyos efectos la hacen parcialmente asimilable a las indemnizaciones laborales forfatorias: la *cláusula penal*, de naturaleza eminentemente resarcitoria y, al mismo tiempo, punitiva. El citado artículo 656 establece que “para pedir la pena el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”.

Este efecto es coincidente con el de cualquier indemnización tarifada prevista en nuestra normativa laboral. Con los matices propios de cada rama del derecho, se trata, en líneas generales, de montos prefijados

---

ARGENTINA s/ JUICIO SUMARÍSIMO.

<sup>7</sup> BUERES, Alberto J. y MARINO, Abel, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, Tomo 2A página 512

(legalmente en materia laboral, convencionalmente en lo civil), para eventuales incumplimientos de las partes.

En consecuencia, dadas las características y alcances que en nuestra legislación social tienen las indemnizaciones forfatorias impuestas a una parte a favor de la otra, en supuestos de incumplimiento de obligaciones contractuales, ellas podrían ser definidas como verdaderas *cláusulas penales de origen legal*.<sup>8</sup>

Por supuesto, la norma del artículo 245 RCT integra supletoriamente los contenidos del contrato a falta de una estipulación contractual individual válida (sea porque las partes no pactaron nada expresamente, sea porque lo pactado expresamente es nulo por contrariar a la propia norma del artículo 245 RCT en tanto norma imperativa de orden público de protección). Nada impide que las partes pacten la nulidad del despido arbitrario o una cláusula penal cuyo contenido sea superior al mínimo que establece el artículo 245 RCT.

Existe una cierta confusión en el ámbito laboral como consecuencia de las expresiones que son fruto de la comodidad de expresión del lenguaje y que es necesario precisar: En ningún caso la ley o el convenio colectivo son fuente directa e inmediata del nacimiento, modificación o extinción de las obligaciones. Basta para advertir esto remitirse a la literalidad del texto del artículo 1° RCT en el que las fuentes citadas no son fuentes del derecho del trabajo sino del contrato o relación de trabajo. La fuente inmediata del nacimiento, modificación o extinción de las obligaciones es siempre un acto o un hecho jurídico a los que, por supuesto la ley o el convenio colectivo les han asignado la capacidad de crear, modificar o extinguir obligaciones.

En este orden de ideas, como también lo señalara Ackerman, la norma del artículo 245 RCT es propiamente una cláusula penal en tanto se integra a los contenidos del contrato individual de trabajo. Esto significa que, si las partes no pactan válidamente otra cosa, se integra a los contenidos del contrato una fijación previa o liquidación de los daños y perjuicios calculados en abstracto que pueden, dentro de ciertos límites contemplar una función de carácter punitorio. En los términos del artículo 652 del Código Civil: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o a una multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”.

El principio general, también aplicable al artículo 245 RCT es que “La pena o multa impuesta en la obligación, entra en el lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente” (artículo 655 del Código Civil). De este modo: “Para pedir la pena, el

---

<sup>8</sup> ACKERMAN, Mario E., Indemnizaciones tarifadas y reparación integral. Posibilidad de su concurrencia y acumulación, *Legislación del Trabajo*, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, tomo XXVI, página 485.

acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”.

Este principio de subsunción de todo daño y perjuicio en la pena o tarifa reconoce sin embargo cuatro excepciones: a) incumplimiento doloso de la obligación; b) cláusula penal ínfima desde el inicio, c) cláusula penal ínfima por situaciones sobrevinientes; d) abusivo provecho de la situación del deudor.

La última de las hipótesis es inaplicable al contrato de trabajo, ya que en esta obligación contractual el deudor es el empleador, es decir quien subsume en el giro de su organización empresaria el trabajo vivo del acreedor. Sin embargo su principio, adoptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia civil es aplicable a los supuestos de cláusula penal ínfima de la que se sigue del aprovechamiento de la situación del acreedor.

Es que, en línea con lo establecido por el artículo 631, la primera parte del artículo 658 establece “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena...”. Esto es así porque no se trata de una obligación alternativa sino de una pena por el incumplimiento de una obligación principal que hace nacer a la obligación secundaria (el pago de la tarifa o cláusula penal).

Con referencia a la segunda parte del artículo 658 del Código Civil: “... sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho”, no se refiere propiamente a una cláusula penal. Como recuerda Kemelmajer de Carlucci: “La mayoría de la doctrina nacional y extranjera considera que, en este caso, no existe una verdadera cláusula penal sino una figura jurídica distinta: un *pactum displicentiae* o multas de arrepentimiento, a la cual no le es aplicable la normativa del Tít. XI”.<sup>9</sup>

Precisamente por esto es aplicable la norma del artículo 507 del Código Civil que hace inexcusable el dolo al contraerse la obligación. La determinación general del daño importa una falta de ejecución no maliciosa. Cuando existe malicia el objeto de la indemnización varía en los términos del artículo 521 del Código Civil para abarcar las consecuencias mediatas del incumplimiento. Olvidar esto implicaría admitir una cláusula de irresponsabilidad por dolo que precisamente repudia el artículo 507.

No puede olvidarse que en el ámbito laboral estos supuestos de inexecución maliciosa de la obligación son objeto incluso de una pena especial, como es el supuesto de despido por causa de embarazo, maternidad o matrimonio. Obsérvese que no se trata de una mera indemnización por daños y perjuicios. Si fuera así, sería irrelevante el conocimiento que el empleador tuviera del estado de embarazo, maternidad o matrimonio ya que se indemniza el daño producido. La condición de resarcimiento de

---

<sup>9</sup> KEMMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, Tomo 2A página 563.

este daño especial (y por tanto excepción al ya señalado principio del artículo 655) es la inexecución maliciosa de la obligación de no hacer (despedir arbitrariamente) sabiendo las consecuencias mediatas del acto. Esta es la razón por la que siempre se requiere el conocimiento de la situación jurídicamente protegida por parte del incumplidor malicioso.

La malicia en el incumplimiento de la obligación de no hacer es la causa de resarcimiento extratarifado. No se trata, como vulgarmente se dice, de una diferenciación entre el daño moral y material. Todo despido arbitrario causa perjuicio material y moral como consecuencia inmediata como, por ejemplo, la pérdida del colectivo de pertenencia que implica la comunidad laboral de los trabajadores. Son daños que se siguen del despido "...según el curso natural y ordinario de las cosas" (artículo 901 del Código Civil) y, por tanto comprendidos en la tarifa.

Para que un daño no esté comprendido en la tarifa debe ser una consecuencia que resulta "... solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto", es decir, una consecuencia mediata. A su vez, para que las consecuencias mediatas de una inexecución contractual sean resarcibles, es menester que "...la inexecución de la obligación sea maliciosa". Esto es, que se incumpla dolosamente, es decir, a sabiendas y con la intención de dañar. Fuera de estos supuestos, "En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación" (artículo 520 del Código Civil).

Por este motivo, la malicia actúa a un tiempo como causa de la impugnación de la tarifa (lo que permitiría probar y reclamar los daños y perjuicios inmediatos) y como causa de resarcimiento de las consecuencias mediatas (que no están comprendidas en la tarifa). De ello se siguen dos consecuencias: a) impugnación de la tarifa y acción destinada al resarcimiento de los daños inmediatos y mediatos alegando y probando los daños y perjuicios; b) mantenimiento de la tarifa y acción destinada al resarcimiento de los daños y perjuicios mediatos con fundamento en que el dolo no puede ser excusado convencionalmente (artículo 507 del Código Civil). Lo que resulta inadmisibles es reclamar juntamente daños y perjuicios que son consecuencia inmediata del despido y la cláusula penal del artículo 245 RCT por duplicarse las consecuencias indemnizatorias.

Los supuestos de cláusula penal ínfima y de cláusula penal ínfima sobreviniente tienen particular peso en el ámbito del derecho del trabajo pues la norma legal (en el caso el artículo 245 RCT) debe asegurar al trabajador protección contra el despido arbitrario de acuerdo a la disposición del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Una cláusula penal ínfima es una cláusula penal que no protege contra el despido arbitrario y por ende inconstitucional.

Aún en el ámbito del derecho común la cláusula penal ínfima es inadmisibles

si con ella se pretende exceptuar el dolo obligacional (artículo 507), si se trata de daños causados a la integridad física de las personas o se viola el orden público como, por ejemplo, en el caso de los vicios redhibitorios (artículo 1646).

En este orden de ideas, la indemnización del artículo 245 RCT que omite resarcir los daños que de ordinario resultan de la extinción del vínculo laboral viola el derecho de propiedad del trabajador en sentido constitucional (artículo 17 CN) pues permite la violación de una cláusula contractual sin resarcimiento, lo que equivale a confiscación de bienes (el sinalagma contractual integra el concepto de propiedad en sentido constitucional).

Los daños e intereses que son efecto inmediato del incumplimiento son definidos por el artículo 519 del Código Civil y por el artículo 1069 del mismo ordenamiento. La primera de las normas señala: “Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución de ésta a debido tiempo”. La norma del artículo 1069 señala: “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras ‘pérdidas e intereses’”.

En el análisis de las consecuencias inmediatas abstractamente previsibles (elementos que permiten analizar el cumplimiento de la manda constitucional) se debe tener en cuenta en primer término la pérdida de antigüedad, o sea el conjunto de derechos que emergen de la antigüedad en el empleo como los adicionales salariales, el incremento de las licencias ordinarias y extraordinarias, etc. También es una consecuencia inmediata del despido la situación de desempleo en que se coloca al trabajador y que varía de acuerdo al tipo de especialización alcanzada y a la tasa general de desempleo que influye sobre el tiempo promedio de reinserción laboral. En esta enunciación, no puede dejar de valorarse la pérdida del colectivo de pertenencia como daño psicológico (y por tanto material) y moral. Pero lo que no puede dejar de ser tenido en vista es que el daño por la ruptura contractual se manifiesta en su equivalente: la suma por la que el trabajador consentiría desprenderse de su contrato de trabajo. Como se viene reiterando el empleador no tiene derecho a despedir pagando pues la obligación de no hacer no es una obligación alternativa de la de daños y perjuicios. Por este motivo, si por razones de política legislativa se resuelve no dotar al despido discriminatorio de los efectos de la nulidad, la expropiación legalizada del contrato por razones de utilidad pública no justiciables, impone para que no exista confiscación que la suma que se paga sea similar a aquella por la cual el trabajador se desprendería de su empleo con discernimiento, intención y libertad.

Este es el argumento relativo a la confiscación que utiliza la CSJN a partir

del caso Vizzotti para declarar la inconstitucionalidad de la cláusula penal irrisoria que no cumple con la finalidad exigida por el artículo 14 bis de la CN, más allá de la infortunada redacción de la sentencia en la que pareciera indicar el establecimiento de un tope pretoriano incongruente con la función judicial que no es la de legislar para casos generales. En este sentido se ha indicado con acierto:

En rigor, el argumento del tribunal en el sentido de que la reducción del módulo salarial en más de un 33% configuraría un supuesto de confiscación, es difícil de compartir, no sólo porque no es exactamente la *propiedad* del trabajador lo afectado –en cuanto, con relación al daño efectivamente sufrido, es tan abstracto considerar el 67% del salario como el 100%- sino, además y especialmente, porque el beneficiario de tal quita no es el *fisco* sino el *empleador* el responsable del daño causado.

(...)

Y, en todo caso, podría objetarse también –y sobre todo- a la Corte que, al establecer una nueva pauta, está fijando una regla de carácter general, que se proyecta más allá del caso concreto resuelto, lo que supone invadir la esfera legislativa.<sup>10</sup>

De este modo, el análisis de las condiciones de posibilidad jurídica de la tarifa da cuenta por sí mismo de la posibilidad del resarcimiento de las consecuencias mediatas del despido (que, por supuesto, no están contempladas en la tarifa) como de las causas de declaración de inconstitucionalidad de la tarifa mínima en tanto no cumple con la manda constitucional que impone a la ley la finalidad de proteger contra el despido arbitrario.

Esto ha sido puesto de resalto por Ackerman<sup>11</sup> cuando señala la triple finalidad de la indemnización por despido arbitrario. Obvio es aclarar que para Ackerman finalidad es función y no la hipotética voluntad imaginaria de un legislador ideal. Este criterio de funcionalidad es, precisamente, el criterio de ajuste de una disposición aislada al marco general del ordenamiento jurídico del que forma parte en tanto este hace sistema y no es un mero conjunto. Esto implica la asignación de límites horizontales (al mismo nivel normativo por efecto de las relaciones de coordinación) como de límites verticales (a distinto nivel normativa por efecto de las relaciones de subordinación que impone la jerarquía normativa).

En este sentido la indemnización tarifada debe ser:

a) Punitiva: En tanto la cláusula penal no puede servir como excusa anticipada del dolo (artículo 507 del Código Civil), ella no puede contemplar las consecuencias mediatas del acto antijurídico por las que debe responder el autor del hecho en caso de inejecución maliciosa (artículo 521 del Código Civil) determinándose así los bienes jurídicos no contemplados en la tarifa y su

---

<sup>10</sup> OJEDA, Raúl Horacio y MACHADO, José Daniel, *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Mario Ackerman, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, tomo IV, páginas 327 y 328.

condición de resarcibilidad. La resarcibilidad de las consecuencias mediatas en el supuesto de malicia es una imposición del principio de igualdad ante la ley (artículo 16 CN) desarrollado por la CSJN en el caso “Aquino”. Por otra parte, en la medida que la cláusula penal no es una obligación alternativa, no puede quedar agotada en la mera acción resarcitoria sino que es menester que la reacción jurídica frente al ilícito contemple un elemento punitivo.

b) Resarcitoria: si el acto antijurídico provocare en la víctima efectos que no son compensados, el sinalagma no resultaría expropiado legítimamente (efecto de la decisión política infra-constitucional de no acordar al despido arbitrario efectos de nulidad) sino simplemente confiscado, con mengua del artículo 17 de la CN. Pero respecto de este punto deben realizarse aclaraciones que surgen de la propia función de la indemnización tarifada como cláusula penal.

c) Disuasiva: Como se ha señalado previamente, una cláusula penal no es una obligación alternativa. Desde el punto de vista del límite horizontal, sin efecto disuasorio el cumplimiento de la obligación resultaría indiferente. Desde el punto de vista del límite vertical, no protegería contra el despido arbitrario (14 bis), situación que afectaría al supuesto de generalización del sistema de fondo de desempleo aún así se resarcieran adecuadamente los daños.

Con respecto a la aplicación de la norma del artículo 656 del Código Civil, ello no releva la posibilidad de análisis de la cláusula penal nimia (supuesto de inconstitucionalidad de la tarifa), pero debe tenerse presente que lo que ha de analizarse no es el perjuicio efectivo sino el daño abstractamente considerado respecto de las consecuencias inmediatas del despido-

Este análisis concreto debe tener en cuenta los criterios de previsibilidad abstracta y no los daños concretos efectivamente producidos ex post facto pues no se trata de una indemnización de daños y perjuicios sino de un análisis de la adecuación de la previsión que impida considerarla una cláusula penal ínfima o de una cláusula penal ínfima sobreviniente (como sucedió cuando el tope estuvo vinculado a un SMVM irreal respecto de las condiciones a las que debía responder).

Se puede arribar entonces a las siguientes conclusiones

1. La indemnización tarifada es uno de los efectos-sanción asignado por la ley a un acto libre y antijurídico.

---

<sup>11</sup> ACKERMAN, Mario E., Validez constitucucional de las tarifas indemnizatorias por despido arbitrario, *Revista de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000-1, página 154.

2. Su estructura responde a la de la cláusula penal. Como ella, no autoriza al incumplimiento sino que cuantifica las consecuencias de éste. Por este motivo se ha entendido que no es admisible el incumplimiento doloso de la obligación que es objeto de la cláusula penal (artículo 507 del Código Civil).
3. La indemnización tarifada básica subsume en sí las consecuencias inmediatas del despido, en tanto incumplimiento contractual. En supuestos de dolo obligacional el actor tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios, pero los mismo deben ser probados en cuanto a su cuantía y existencia.
4. La responsabilidad por los daños mediatos opera solamente cuando media el factor de atribución subjetivo adecuado (malicia conforme artículo 521 del Código Civil).
5. Algunos de los supuestos de responsabilidad por inejecución maliciosa son objeto de indemnizaciones tarifadas adicionales (despido por embarazo, matrimonio o actividad sindical).
6. En los otros supuestos podrá reclamarse la indemnización de consecuencias mediatas demostrando la previsibilidad del daño para el agente (artículo 904 del Código Civil) y la demostración de la entidad material o la inferencia razonable de la existencia de agravio moral (artículo 522 del Código Civil).
7. De allí que el problema del resarcimiento extratarifado sólo puede ser analizado teniendo en vista el factor de atribución (dolo), la previsibilidad de las consecuencias, el carácter inmediato o mediato del daño reclamado y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.
8. La cláusula penal nimia es el presupuesto de la declaración de inconstitucionalidad de una tarifa dada si esta no alcanza a cubrir los daños inmediatos con un criterio de previsibilidad abstracta.

Es casi un acto reflejo identificar la operación de discriminación como la agresión a un sujeto como consecuencia de la posesión de uno o más rasgos distintivos que le conferirían una “identidad”. En este orden de ideas, el objeto de la discriminación sería un sujeto que es cualificado como tal por su pertenencia a un grupo. De allí que parte de la lucha antidiscriminatoria parece centrarse en el reconocimiento de las diversas “identidades”.

El efecto de este abordaje es la búsqueda de rasgos positivos que permitan ubicar las causas de la discriminación. De este modo pareciera que la discriminación pudiera constreñirse a los motivos enumerados, si bien se reconoce que la enumeración no es

taxativa. Ejemplo de ello es la definición de discriminación de Mosset Iturraspe (2009:49) que la considera alternativamente como “separar, distinguir, diferenciar” como “dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”. La primera sería una discriminación “buena” y la otra una discriminación “mala”. Esta pretensión de enumeración se extiende a la mayor parte de los textos legislativos que pretenden combatirla (2º párrafo del artículo 1º de la ley 23.592, artículos 17 y 81 RCT, etc.)<sup>12</sup>.

Este enfoque de sentido común aceptado mayormente por la doctrina jurídica constituye un error técnico que priva de precisión la noción jurídica de acto discriminatorio. En primer término, el concepto confunde por homonimia dos nociones bien diferenciadas que nada tienen en común. Distinguir es propio del estar en el mundo del sujeto que se constituye como tal en el lenguaje. Sin distinción no hay mundo humano. La discriminación como categoría jurídica no prescinde de la existencia de una subjetividad agresora (esto no implica que la subjetividad sea conciente) que se manifiesta como práctica social discriminatoria.

No es la víctima ni ninguno de sus rasgos positivos lo que debe buscarse en la determinación jurídica de la práctica social discriminatoria sino “...las características del grupo social, sociedad o Estado que lleva a cabo el proceso discriminatorio” (Villalpando, 2006:17). Poner la mirada en la víctima de las prácticas sociales de discriminación es mantener solidaridad con la mirada normalizada del agresor.

Cuando el análisis de las prácticas sociales se centra en las víctimas de estas prácticas (...) el foco del análisis pareciera radicar en encontrar qué es lo que hace que la sociedad discrimine a cada uno de estos grupos o, dicho de otro modo, qué características tienen estos grupos que puedan explicar su discriminación.

En un análisis de este tipo se presupone su “no-normalidad” (en oposición a una supuesta “normalidad” del conjunto), discutiendo tan sólo sobre los niveles de aceptación o “tolerancia” de dicha “no-normalidad” (que poco a poco se termina postulando como “a-normalidad”). (Villalpando, 2006:17).

De hecho, lo que denota la mirada propiamente discriminadora no es un rasgo empírico del sujeto discriminado sino, por el contrario, la afirmación del atributo en ausencia de su presentación empírica. La mirada específicamente nazi puede expresarse del siguiente modo:

---

<sup>12</sup> Como señala Martínez Vivot (2000:137): “La reforma de dicha ley en 1976, cambia la redacción, que es la que mantiene como artículo 81, y se refiere a las discriminaciones arbitrarias, fundadas “en el sexo, la religión o la raza, que no ocurren 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”: Se advierte que ‘el nuevo texto prefirió explicar con algo más de detalle cual es el tratamiento desigual, que puede calificarse de arbitrario, y cual es aquél que resulta legítimo’ (Brito Peret, Goldín e Izquierdo, La reforma de la ley de contrato de trabajo. Ley 21.297, pag. 89, de. Zavalía, Buenos Aires, 1976). Por otra parte, todo ello debe vincularse con lo dispuesto en el artículo 17 de la LCT, que prohíbe cualquier tipo de discriminación”. Precisamente lo “especificación” del acto discriminatorio en cuanto a sus motivos constituye el método de otorgar cobertura a las prácticas de discriminación fundadas en los “principios de bien común” que, por antonomasia, son la causa de justificación de los actos discriminatorios en una sociedad dada. Puede verse claramente cómo se excluyen las causas sindicales o políticas en tanto la discriminación por esa causa eran las inspiradas en el bien común que sostenía la dictadura.

“Sé muy bien que Abraham, mi vecino de enfrente, aparenta ser un buen padre de familia con intereses artísticos. No obstante, es esta apariencia lo que lo hace más peligroso pues, en tanto judío, su objetivo real es la disolución de los lazos familiares y la obtención del lucro destruyendo todos los valores culturales”.

Esta especificidad de la mirada discriminatoria es lo que impide afirmar, como lo hace Mosset Iturraspe (2009:55) “... el derecho a 'no ser discriminado', que le asiste a todas las personas, cualquiera sea la 'diferencia' que a juicio de terceros pueda observarse en ellas”. La especificidad de la mirada discriminatoria es que se constituye a partir de un marco no observable. No es necesariamente discriminatorio pensar que un sujeto con un atributo  $x$  tiene un atributo  $y$  si es observable para ese sujeto esa característica  $y$  en el sujeto  $x$ . Sí es discriminatorio pensar que porque el sujeto  $x$  pertenece a la categoría  $y$  ha de tener el atributo  $z$ .

Es que las prácticas discriminatorias no tienen por objeto una persona sino una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría. No sería entonces un derecho que le asiste a las personas sino una garantía respecto de cualquier grupo constituido como conjunto. Afirmar que es un derecho que le asiste a todas las personas “... cualquiera sea la 'diferencia' que a juicio de terceros pueda observarse en ellas”, es el error conceptual que obligó a Mosset a distinguir una discriminación aceptable y una discriminación inaceptable. El tema central es que cuando una diferencia es observable en un sujeto ya no hay práctica discriminatoria sino relación entre sujetos. No es el contenido de lo que se discrimina lo que establece la diferencia sino que la práctica social de discriminación se puede definir formalmente como la subsunción sin resto del sujeto en la categoría discriminada.

El discriminador nazi no ve a Abraham, ve al judío genérico y a Abraham como una expresión de esta categoría. Y este proceso (cualquiera sea el atributo que se adjudique a la categoría, “positivo” o “negativo”<sup>13</sup>) es en sí una objetalización del sujeto. Por tanto no hay discriminación mala o buena. La discriminación, como dispositivo formal de subsunción sin resto del particular en el universal es siempre, necesariamente, antijurídica.

La interdicción de las prácticas sociales discriminatorias no se identifica con el principio general de igualdad ante la ley. Si bien ambos institutos encuentran su reconocimiento jurídico inicial en la Declaración Universal de los derechos del hombre (artículos 1 y 2 respectivamente), sus condiciones de funcionamiento y elementos son notoriamente diversos. No se trata de dos modos distintos de nombrar lo mismo sino de dos institutos que imponen por efecto de estructura consecuencias diferenciadas.

La igualdad ante la ley supone la existencia de una serie de sujetos que requieren para su igualdad un otro que ocupa ese lugar de excepción. Es a este sujeto a quien se le demanda la igualdad. Pero la condición de la igualdad ante la ley es que exista un sujeto

---

<sup>13</sup> Un ejemplo de práctica social discriminatoria a partir de atributos “positivos” es el que sufre la comunidad coreana en Argentina. Se adjudica a la categoría “coreano” el atributo “laborioso”. Y a partir de este atributo “positivo” se construyen las prácticas de discriminación invocando un sentimiento defensivo a partir de una supuesta invasión de los comercios coreanos que aniquilarían nuestra identidad. No es el carácter positivo o negativo del atributo lo que hace a la discriminación sino el borramiento del sujeto por un universal que le impone los rasgos.

cualquiera que ocupe el lugar de excepción (el de la ley) a quien se le demande la igualdad de los miembros de la fraternidad.

Esto es lo que ya señalaba Freud (1988:120) al señalar que la envidia es un sentimiento tan nocivo que amenaza dañar al mismo envidioso y que por eso se revierte en un sentimiento grupal "... nos negamos muchas cosas para que otros puedan estar sin ellas o, lo que es lo mismo, no puedan pedir las. Esta demanda de igualdad es la raíz de la conciencia social y del sentido del deber". Pero este sentimiento grupal sólo puede nacer por la mediación de un otro ajeno al grupo, alguien que se encuentre en una posición excepcional. Es a él a quien se le demanda la igualdad, amar por igual a los miembros del grupo, pero "...la demanda de igualdad en un grupo sólo se aplica a sus miembros, nunca al líder" (Freud, 1988:121).

Por el contrario, la raíz de la discriminación prescinde de la mediación externa del sujeto de excepción. Es el enfrentamiento directo respecto de un goce atribuido al otro, la envidia sin mediación de la excepción (instancia de ley). El origen de las prácticas sociales de discriminación se encuentra en la fantasía de un goce propio robado por el sujeto o grupo a quien se atribuye esta capacidad. Y son curiosamente los mitos humanistas utópicos los que dan el marco adecuado para la aparición de este fenómeno. En efecto, el humanismo utópico supone una felicidad alcanzable por el sujeto o su grupo de no mediar obstáculos "patológicos". El goce debido es arrebatado por el grupo que ha de ser objeto de discriminación o posee un goce inalcanzable que debe serle arrebatado<sup>3</sup>. Los intentos moralistas que suponen una "maldad" en el discriminador o una irracionalidad en éste tienden a encubrir que los más violentos supuestos de discriminación y genocidio se hicieron enarbolando la bandera del bien (de hecho la svástica, que tuerce la cruz hacia la derecha, es el signo ario del bien) y para ello encontraron una base de racionalidad, incluso científica. Los grandes genocidios, productos del siglo XIX que se agravan en el XX, son el resultado de la ilustración, de la razón instrumental en marcha hacia un porvenir venturoso (la sociedad comunista, los mil años del Reich alemán). Incluso, entre los antecedentes, difícilmente se pueda encontrar un contemporáneo más racional que Torquemada.

Si una práctica social discriminatoria adquiere difusión en una sociedad determinada, no es por efecto de la aberración o de la irracionalidad. Por el contrario "...la construcción de esta supuesta condición de "normalidad" de la sociedad es uno de los primeros y principales modos de acción de una práctica social discriminatoria" (Villalpando, 2006:17). La normalidad lleva ínsita la idea de bien y de moral. Al mismo tiempo desde estas ideas de bien y de moral la práctica social discriminatoria se manifiesta funcional. Si algo responde a la idea de moralidad y racionalidad de una sociedad determinada es, precisamente, la práctica social discriminatoria<sup>14</sup>.

Ahora bien, es de señalar que el concepto de discriminación que se critica no tiene sustento en la definición de discriminación que desde 1989 adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD) que entiende como tal a:

---

<sup>14</sup> El grupo objeto de discriminación como parasitario es, por ejemplo la representación nazi del judío y, en general de múltiples formas de xenofobia. El goce secreto inalcanzable y obscuro se muestra claramente en la homofobia y en el rechazo de las comunidades negras latinoamericanas por parte de los blancos

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el conocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Como puede observarse la discriminación (que no admite una forma neutra sino que es por definición antijurídica) consiste para la definición de la CERD en:

1) Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia; 2) motivada en cualquier condición social; 3) que tenga por objeto o por resultado; 4) anular o menoscabar el conocimiento goce o ejercicio en condiciones de igualdad; 5) de Derechos Humanos o libertades fundamentales de todas las personas.

La interdicción de las prácticas sociales discriminatorias no es una demanda dirigida al sujeto de excepción (como es el supuesto de la igualdad ante la ley) sino que puede ser exigida tanto del sujeto de excepción como de cualquier miembro del grupo<sup>154</sup>. Por el contrario, la igualdad ante la ley o sus corolarios sólo puede ser demandada al sujeto que ocupa el lugar de excepción (el gobernante o, en la relación laboral, el empleador o superior jerárquico) respecto de los sujetos comprendidos en la regla (los miembros del grupo).

En segundo lugar, la discriminación está motivada y, por tanto, tiene por objeto o resultado privar -por causa de una condición social cualesquiera- el goce o ejercicio de un derecho o libertad. La igualdad ante la ley se viola siempre que la desigualdad no sea razonable. No es necesario que tenga por objeto la privación de derechos a un grupo. En otras palabras, la igualdad ante la ley se viola “objetivamente”. La práctica social discriminatoria está motivada.

La característica particular de la motivación de la práctica social discriminatoria es justamente la adjudicación a un sujeto de la pertenencia a un grupo. Esto es que en el acto de discriminación el discriminado no es el sujeto en su particularidad sino en tanto adscrito a un grupo social de pertenencia. Por eso señalé previamente que lo que constituye a la práctica social discriminatoria es la subsunción sin resto del sujeto (o del particular) en una identidad (en una generalidad). Cuando la causa de las conductas que tienen por objeto la privación de derechos o libertades sean condiciones o conductas del sujeto, no se produce discriminación sino meramente represalia (que puede por supuesto, ser discriminatoria) o distinción. Y la represalia o la distinción, a diferencia de la discriminación, puede ser lícita o antijurídica<sup>165</sup>.

El carácter antijurídicamente motivado de un acto discriminatorio permite considerarlo ejecución maliciosa de una obligación contractual de no hacer en los términos del artículo 519 del Código Civil que, en términos del artículo 507, importa la

---

<sup>15</sup> Es discriminatoria, por ejemplo la práctica de un nazi que decida no comprar en ningún negocio propiedad de judíos, aun así el poderío económico del judío fuera muy superior al del nazi.

<sup>16</sup> El derecho penal en sí mismo no es otra cosa que un sistema de represalias que por definición resulta jurídico. La discriminación, a diferencia de la distinción, no vé otra cosa que la generalidad. Es discriminatorio no contratar como abogado a un ciego por el hecho de ser discapacitado. Por supuesto, no es discriminatorio no contratarlo si el puesto ofrecido es el de chofer de camiones. En el primer caso se ve la

caducidad de la cláusula penal en tanto el dolo obligacional es inexcusable al momento de contraerse la obligación. En este orden de ideas, no se advierte óbice en términos de sistemática jurídica para acceder a la pretensión resarcitoria de las consecuencias mediatas del despido.

Teniendo en cuenta que el hecho mismo de haber sido discriminado produce un daño material en tanto afecta la capacidad de ganancia del trabajador pues lo lleva a adoptar posturas más defensivas que impiden el desenvolvimiento adecuado de la personalidad frente a nuevos ambientes de trabajo tal como señala el perito psicólogo a fojas 264 (lucro cesante) a lo que debe adicionarse el daño emergente (gastos para la recuperación del equilibrio psíquico afectado). Ello, más el indudable daño moral llevan a convalidar la apreciación realizada en grado, por lo que a mi entender la sentencia de origen no debe ser modificada.

En cuanto a los honorarios estimo que la regulación de honorarios del letrado de la parte actora resulta inadecuada teniendo en cuenta las normas de los artículos 6, 7 y 9 de la ley de aranceles, por lo que propicio, dada la profundidad del planteo y la extensión del trabajo realizado elevar la regulación en el doble carácter de abogado y procurador al 18% del monto de condena con sus accesorios. Los honorarios de los peritos resultan suficientes teniendo en cuenta la complejidad y extensión de las tareas por lo que propicio su confirmación.

Las costas de alzada deben ser impuestas a las apelantes vencidas y los honorarios regularse en el 25% de lo que corresponde a la actuación en la instancia anterior por el proceso principal.

**El DOCTOR OSCAR ZAS** manifestó:

I) Como señalé en lo pertinente al emitir mi voto como integrante de la Sala V de la C.N.A.T. en las causas: "**Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.**" (sent. def. n° 68.536, del 14/06/2006), "**Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.**" (sent. def. n° 69.131, del 21/12/2006), "**Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.**" (sent. def. n° 70.349, del 20/12/2007) y "**Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.**" (sent. def. n° 70.913, del 20/08/2008):

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que **el derecho a la no discriminación arbitraria**, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que -como intentaré fundamentar más adelante- **ha ingresado en el dominio del jus cogens**, cuando el

trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente:

*“...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 incriminado, 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...**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...**”*

*“...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...De todas estas consideraciones 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, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta” (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)”.*

El art. 5° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que se aplica, efectivamente, “a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional”. Pero luego agrega que esto es “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional”. Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el objetivo de estos convenios -consistente en proteger los derechos sociales

de los trabajadores- y hasta la naturaleza de los mismos -de carácter cuasilegislativo-, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T. En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de “toda práctica ulteriormente seguida” en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo.

Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. Geraldo Von Potobsky, “Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT”, en “Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10).

Cabe destacar que el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente:

**“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías necesarias por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”**

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la citada disposición del P.I.D.C.P., que consagra el **derecho al debido proceso legal derivado de la “dignidad inherente a la persona humana”**, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

**Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.** Al efecto, es útil recordar que **el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia.** A ese fin atiende el conjunto de actos de

diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. **La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas** (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1° de octubre de 1999).

Recientemente, el tribunal americano ha señalado en una Opinión Consultiva referida a la condición jurídica y a los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados:

*“...18.La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las*

condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. **Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones**”.

“19.**En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección** -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- **que favorezcan la igualdad de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal**. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo “Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad” (“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). **A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes...**” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19).

La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2° de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, L.L. 1995-D, p. 463).

El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, L.L. 2005-D, p. 845).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana** (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124) (C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., “Mazzeo, Julio Lilo y otros”).

En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y suprallegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos.

En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede 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 retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo 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 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, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Los criterios precitados en materia de onus probandi en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España (conf. -entre otras- STC 38/1981, de 23/11/1981, STC 111/2003, de 16/06/2003 y STC 79/2004, de 5/05/2004), y por la doctrina más prestigiosa de ese país (conf. -entre otros- José Luis Monereo Pérez, “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant Lo Blanch, “Colección Laboral”, Valencia, España, 1996 y Antonio Baylos Grau, “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en “La prueba en el proceso laboral”, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997) y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de

Costa Rica (conf. sent. n° 2004-11437, del 15/10/2004, 2004-11984, del 29/10/2004 y 2005-13205, del 27/09/2005).

María Fernanda Fernández López profundiza esta línea hermenéutica, y destaca que aparecen elementos de origen muy diverso en la materia que nos ocupa: unos, tomados del juego de la prueba de presunciones, que como tal prueba debiera en principio conducir a la certeza, aunque fuera por deducción; otros, directamente vinculados con la noción de principio de prueba, mucho más flexible, en que cuenta más la apariencia que la seguridad, la sospecha fundada o la credibilidad que la certidumbre simplemente porque si se sobrepasa este nivel estaremos en presencia de prueba plena y no de principio de prueba.

De ahí que para la distinguida catedrática española **la sospecha de discriminación -el principio de prueba de la misma, técnicamente- es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante**, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas (conf. M<sup>a</sup> Fernanda Fernández López, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, La Ley, Temas, 1<sup>a</sup> edición, 2008, Madrid, España, p. 133 y 150).

En resumidas cuentas: la articulación del *onus probandi* en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales del trabajador descripto precedentemente responde, no sólo a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental, sino fundamentalmente a las exigencias de tutela de los aludidos derechos.

En fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el mismo sentido, con argumentos que, en lo sustancial, coinciden con los expuestos en este voto (conf. C.S.J.N., P. 489. XLIV., 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”).

**II)** Coincido con la valoración de la prueba efectuada por el Dr. Arias Gibert, en especial el testimonio de I. C. (fs. 234/235), jefa del actor al momento del despido de este último, quien admite haber conocido que el demandante padecía SIDA por comentarios, y el peritaje contable que, en lo pertinente, reza:

*“...en el marco de un convenio firmado con Unión de Personal Civil de la Nación y la Fundación Instituto Quirúrgico del Callao, la Obra Social ha adquirido, desde el año 2006, el equipamiento que fue instalado en el Sanatorio Anchorena. Dichos bienes han sido entregados en comodato a la Fundación Instituto Quirúrgico del Callao, al igual que el inmueble donde funciona el sanatorio, cedido en este caso por su propietaria, la Unión del Personal Civil de la Nación. Dicho sanatorio comenzó a prestar servicios el 7 de marzo de 2008. La Fundación Instituto Quirúrgico*

*del Callao se compromete a conservar los bienes entregados en comodato en debida forma y restituirlos en caso de ser requeridos por sus propietarios... ”.*

*“...Con fecha 30 de agosto de 2004 la Inspección General de Justicia otorgó la personería jurídica a la Fundación Instituto Quirúrgico del Callao a través de la cual se continuó con la actividad desarrollada hasta ese momento por el Instituto Quirúrgico del Callao S.A. Desde dicha fecha, y hasta el 31 de diciembre de 2004, la administración provisoria de la Fundación fue realizada a través de Austral Salud S.A. y a partir de dicha fecha las decisiones operativas y financieras son ejercidas por el Presidente del Consejo Directivo de la Obra Social, en su carácter de presidente del Consejo de administración de dicha Fundación...”... ” (ver fs. 297).*

Cabe destacar que el actor se realizó los estudios que le diagnosticaron el padecimiento de SIDA en la Fundación Instituto Quirúrgico del Callao.

En este contexto, la estrecha vinculación entre esa entidad y la demandada, y el conocimiento de la enfermedad padecida por el demandante por parte de su jefa, llevan a considerar verosímil que esa circunstancia era conocida por la accionada al momento de tomar la decisión de despedir a aquél.

No obstan a esa conclusión los testimonios y el informe invocados por la demandada en su memorial de agravios para fundar su tesis acerca del desconocimiento de la enfermedad padecida por el actor.

Digo esto, porque la confidencialidad de los resultados de los análisis de HIV y el acceso restringido a los mismos, no descartan la verosimilitud precitada, dada la estrecha vinculación entre ambas entidades, verosimilitud que resulta corroborada por el conocimiento por parte de la jefa del actor, quien no revestía la calidad de médica o bioquímica, calidades exigibles -según los medios probatorios indicados en el párrafo precedente- para acceder a esa información.

Los hechos expuestos, analizados a la luz de los principios y reglas enunciados en el considerando I) delineados según los estándares allí enunciados, me llevan a concluir que el despido del actor obedeció a la enfermedad que le fue diagnosticada.

La correlación temporal entre ese diagnóstico y el despido permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre ambos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el despido impugnado pueda ser una represalia del empleador motivada por la deficiente salud del trabajador.

Ante el panorama descripto, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido del actor haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la mencionada represalia, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar

Expte. n° 25243/10

objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador.

En efecto, la propia demandada admite que despidió al actor sin invocación de causa, admisión que resulta corroborada por el texto del telegrama respectivo.

En el memorial de agravios la demandada alude al supuesto protagonismo por parte del actor de episodios desagradables, sin indicar a qué se refiere, ni en qué momento habrían acontecido.

Tampoco favorece a la recurrente la sanción que le habría impuesto al accionante, pues no la individualiza. Por otra parte, por el principio *non bis in idem*, no podría ser invocada en apoyo de su petición.

La transcripción de un tramo del testimonio de I. C. (ver fs. 375) resulta irrelevante, pues no surge con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las inconductas genéricamente atribuidas al actor.

Por las razones expuestas, propicio -en coincidencia con el primer voto- la confirmación de la sentencia de grado en este tópico.

**III)** Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de **orden público internacional**, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado “*jus cogens*”, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo-, constatando la *universalidad* de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

La noción de *jus cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en tanto “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Las normas del *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o

ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, en “Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20).

En similar sentido, explica Barbagelata que “todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens* (conf. Héctor-Hugo Barbagelata, “Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías”, en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, N° 41, p. 134).

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los **principios fundamentales** es **el de no discriminación** (arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y concs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, pub. en *Contextos*, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, p. 181, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997).

Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

*“...83.La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación.*

*Incluso, los instrumentos ya citados (arts. 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 54)...”*

*“...84...se utilizará el término **discriminación** para hacer referencia a **toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos...**”.*

*“...85.Existe un **vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional...**”*

*“...86...El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que **existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico...**”*

*“...87...**la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona**, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. **No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza** (Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 45. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55)...”*

*“...88.**El principio de igualdad y no discriminación posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el***

**derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias...**

“...92.El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la **discriminación** como:”

**“...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7)...”**

“...98.El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens* superviviente, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *ius cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales”.

“99.En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”.

“100.Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. **El principio de igualdad ante**

la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igual y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.”

“101.En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, 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. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens...”

“...102.De esa obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas...”

“...103.En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminaciones de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.”

“104.Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber

especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones o prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”

“105.En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.”

“106.El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración...”

“...140.En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares...”

“...146.De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, 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. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.”

“147.La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.”

“148...El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.

“149. Esta obligación estatal encuentra asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de iure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes...”

“...165. Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

“166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.”

“167...la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C N° 98, párr. 165. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C N° 72, párr. 178).

“...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo

establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C N° 98, párr. 164. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C N° 73, párr. 87. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C N° 72, párr. 179. Caso “Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C N° 68, párr. 136. “Principe allant de soi”, Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs, serie B N° 10, p. 20).

“...171.**Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable.** Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, **no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable...**”

“...173.Por las razones expuestas,”

“**LA CORTE,**”

“**DECIDE**”

“por unanimidad,”

“Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva”

“**Y ES DE OPINIÓN**”

“por unanimidad,”

“1. Que **los Estados** tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito **deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.**”

“2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.”

“3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.”

“4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”

“5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares...”

“...9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-empleado). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

En el mismo sentido, caracterizada doctrina, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional General.

Así, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituye en la etapa actual del Derecho Internacional un derecho humano laboral recogido en normas imperativas o de ius cogens. En otras palabras, es una prohibición que constituye el ius cogens laboral (conf. Miguel F. Canessa Montejo, “Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, n° 72, p. 144).

Con estos parámetros considero que el despido dispuesto por la empleadora en forma casi inmediata al conocimiento del padecimiento de SIDA por el actor constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminatoria.

A mi modo de ver, la situación descrita encuadra en la noción de la discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico.

La prohibición de la discriminación tiene un origen reciente (de hecho, su desenvolvimiento, hasta alcanzar su dimensión actual, comienza a partir de la Segunda Guerra Mundial), y sus presupuestos son muy diversos, pese a que conceptualmente guarde una estrecha relación con la igualdad.

De hecho, su presupuesto teórico reside en las transformaciones operadas en la concepción de lo que debe ser la igualdad en un Estado Social de Derecho, que necesariamente apuntan hacia la sociedad, y al reequilibrio de las desigualdades en ella existentes, que niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos. El avance, lleno de dudas, hacia un sentido sustantivo de igualdad como objetivo, por lo mucho que tiene de crítica a esta situación social, prejurídica, es el presupuesto último en el que hunde sus raíces la prohibición de discriminación, aunque no necesariamente se confunda con ella. Junto al anterior, se encuentran otros valores constitucionales que, al cruzarse con él, dan razón del sentido de la prohibición, y, desde luego, de su morfología y alcance: fundamentalmente, los valores inherentes a la dignidad de la persona humana.

La positivización de la prohibición de discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de «iguales» a éstos.

No se agotan aquí las bases teóricas de la prohibición, sino que es precisa una constatación adicional: que esta marginación tiene su origen en la pertenencia de los marginados a grupos delimitados por la concurrencia en sus miembros de condiciones personales, innatas al hombre, o resultado de opciones elementales, ejercitadas en uso de sus libertades esenciales. De ahí la vinculación con la idea de dignidad humana, que, integrada en la variable anterior -la necesidad de otorgar un contenido real a la igualdad-, arroja el área potencial de acción de la prohibición de discriminación. En otras palabras: la prohibición de discriminación no es tanto, o no es sólo, un precepto de igualdad. Lo que tipifica a la discriminación es esta doble matriz

teórica, que se pone de manifiesto con sólo repasar sumariamente el desarrollo del concepto, particularmente en la normativa internacional, y que le vincula también y de forma necesaria con la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia requiere que se erradiquen estas manifestaciones de menosprecio hacia los mismos, y se subsanen los efectos por ellas provocadas.

Desde este punto de vista, la idea de igualdad viene entendida en un sentido más amplio, como desequilibrio peyorativo en el tratamiento que reciben los colectivos marginados por alguna de esas circunstancias que se acaban de mencionar, y es una fórmula que opera de una forma sumamente flexible; en todo caso, muy distinta de la propia del principio de igualdad formal. De ahí que la comparación, la casuística concreta, ineludible en el juicio de igualdad, sin que pueda excluirse -porque muchas veces la discriminación se manifiesta en desigualdades puntuales-, tenga aquí escasa trascendencia, pues lo que realmente importa es el resultado de perjuicio a una persona o grupos de personas cuya dignidad queda en entredicho por la misma naturaleza causal del origen del perjuicio. Y ello aun cuando en cada caso concreto no exista un término de comparación, constituido por un sujeto o grupo de sujetos que se han visto beneficiados por los actos u omisiones que perjudican a los discriminados. La cualificación por el resultado, porque es manifestación de una posición social de desventaja, es lo que realmente tipifica a la discriminación. Por eso es posible detectarla en cualquiera de sus manifestaciones; aquellas en las que el resultado prohibido de diferenciación fundada en motivos inadmisibles se produce de forma directa -ya sea voluntaria o no, abierta u oculta-, tanto como en aquellas en las que el resultado se produce por la proyección de medidas de apariencia y significado neutrales, por alejados externamente de los criterios prohibidos, con efecto irrazonablemente perjudicial sobre los sujetos marginados (discriminaciones indirectas). Todo ello permite, además, captar el sentido sustancialmente unilateral, protector, de la prohibición de discriminación, sin que tenga lógica alguna entender que las circunstancias eliminadas como factores legítimos de diferenciación son armas neutras, susceptibles de ser usadas para amparar tanto a los sujetos marginados como a los que no lo son. Si así fuera -y así sucederá si se insiste en proyectar sobre la discriminación la lógica del principio de igualdad, cuya entidad es bilateral, por lo mismo que descansa por naturaleza en la comparación y en la valoración de la razonabilidad de sus resultados- se provocaría un vaciamiento del concepto, una sustancial pérdida de su sentido, y, lo que es aún más peligroso, se crearía un obstáculo para apreciar la legitimidad de las medidas adoptadas para suprimir la discriminación (conf. M<sup>a</sup> Fernanda Fernández López, “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, Relaciones Laborales, Editorial La Ley, España, 1993, tomo 1, p. 151).

En esta inteligencia, en el plano individual, toda discriminación adquiere un carácter humillante, inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar los bienes y derechos. La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo (conf. Fernando Valdés Dal-Re, “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, en “Igualdad de género y relaciones laborales”, Fernando Valdés Dal-Re y Beatriz Quintanilla Navarro (directores), Ministerio de Trabajo e Inmigración - Fundación Francisco Largo Caballero, España, 2008, p. 29).

La dignidad humana es una realidad difícil de definir y puede ser considerada desde muy diversos puntos de vista. En relación con la discriminación, interesa adoptar una perspectiva no estrictamente individual, sino social, que considere la sociedad en su conjunto y contemple la dignidad personal en su dimensión intersubjetiva, esto es, a partir de la situación básica de la persona en su relación con los demás. Desde este punto de vista, la dignidad expresaría el reconocimiento de la libertad y la libertad (en igualdad) que a todos los seres humanos corresponde por el hecho de serlo, suponiendo una exigencia de paridad en la estimación social y en la posición jurídica básica de todas las personas, mandato incompatible con la discriminación (conf. Diego Álvarez Alonso y Antonio Álvarez del Cuvillo, “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson - Civitas, Madrid, España, octubre-diciembre 2006 (132), p. 1028/9; A. E. Pérez Luño, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, 5ª ed., Tecnos, Madrid, España, 1995, p. 318).

En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos la dignidad aparece siempre conectada con la igualdad en un binomio inescindible, del que nace la prohibición de discriminación, en tanto que los motivos discriminatorios prohibidos colocan a ciertas personas y grupos en una situación adversa o de inferioridad que supone una negación de esa igualdad básica de todos, y por ende, una afrenta a la dignidad humana.

Así, según la Declaración Universal de Derechos Humanos “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana...” (Preámbulo), “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (art. 1) y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados

Expte. n° 25243/10

*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...*” (art. 2).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptan al respecto los siguientes textos casi idénticos: “...*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana...*” (Preámbulo de ambos pactos), “...*Los Estados Partes...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...*” (art. 2.2, PIDESC) y “*Cada uno de los Estados Partes...se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentre 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 cualquier otra condición social...*” (art. 2.1, PIDCP).

Desde la perspectiva delineada precedentemente, la ausencia de tutela de la normativa antidiscriminatoria en este caso no puede estar basada en la sola circunstancia de que la enfermedad 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 efecto, las causas expresamente indicadas en esas normas son las más extendidas socialmente y las que determinaron la aparición de la tutela antidiscriminatoria. Tal reconocimiento positivo se explica por el carácter particularmente odioso e históricamente arraigado de ciertas formas de discriminación, y tiene la virtualidad de despejar toda duda del intérprete acerca del tratamiento que merecen tales conductas. Sin embargo, la prohibición de discriminación no se agota en las explícitamente vedadas, sino que se extiende a todas aquéllas conductas que participen de la misma lógica vejatoria de la diferenciación a partir de la pertenencia del sujeto a un grupo, de modo que resulta perfectamente adaptable a los cambios sociales y permite hacer frente a todo tipo de discriminaciones, aun cuando no estuvieran previstas inicialmente.

Según la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) la lista de los motivos prohibidos de discriminación no es exhaustiva.

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “*otra condición social*” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el art. 2.2. del PIDESC. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.

Sin intención de exhaustividad, el CDESC enuncia entre los motivos de discriminación que podrían ser prohibidos en determinados contextos, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil, la situación familiar, la orientación sexual, la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia, la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria y la situación económica y social (conf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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)”, 02/07/2009).

En virtud de todas las consideraciones expuestas el despido del actor constituye un acto discriminatorio, pues está basado en un motivo prohibido por el ordenamiento jurídico.

Si bien -reitero- la enfermedad no es una razón discriminatoria expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, cabe ser incluida en la cláusula abierta de “*condición social*” a la que aluden el art. 1° de la ley 23.592, el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la mucho más amplia de “*cualquier otra condición*” prevista en el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los **principios fundamentales** es **el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador** (conf. arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas

las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 180).

Con posterioridad, y en la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

*“...156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente...”* (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

En la misma opinión consultiva el máximo tribunal interamericano destacó:

*“...Hoy día...no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición...”* (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

En este contexto, “cualquier otra condición” es el motivo de discriminación más amplio y favorable para la tutela del trabajador a la luz del cual, y siguiendo los criterios expuestos precedentemente, corresponde concluir que el despido del actor resultó discriminatorio.

IV) En el caso "Baena" la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en lo pertinente:

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que

consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el **pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados** (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/02/2001, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 201 y 202).

Por su parte, el art. 1º de la ley 23.592 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 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”.*

El actor no demandó la nulidad del despido, ni la consiguiente reincorporación al empleo, sino que limitó su pretensión a la indemnización de los daños psicológico y moral, de ahí que esta pretensión constituye el límite de conocimiento de la alzada (conf. arts. 277, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

La sola invocación del art. 245, L.C.T. (t.o.) no basta en este caso para desestimar la pretensión de reparación pretendida, pues la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación constituye una grave ilicitud distinta y escindible de aquella cuya sanción regula la norma legal precitada.

Teniendo en cuenta -reitero- que el aludido derecho fundamental integra el *jus cogens*, la inadmisión de la citada reparación comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Por otra parte, la exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación de los principios de justicia social y de protección del trabajo humano y del carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, que supone el reconocimiento de los trabajadores como sujetos de preferente tutela constitucional (arts. 14 bis, 75, incs. 19 y 23, C.N.), llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio a un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una protección jurídica más intensa.

Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, que, según jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que

Expte. n° 25243/10

excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad -art. 16 y concs., Ley Fundamental y pactos internacionales incorporados a ella- (Fallos 322:3578, 324:392 y sent. del 11/07/2006, "Triaca, Alberto Jorge c/Southern Winds Líneas Aéreas S.A.", pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6).

De todos modos, aun cuando no existieran normas legales como la ley 23.592, la reparación de los daños por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación igualmente procedería por la operatividad y autoaplicación de las normas de jerarquía constitucional y supralegal mencionadas precedentemente y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes.

Por análogos fundamentos, adhiero a la solución propuesta por el Dr. Arias Gibert respecto a la cuantificación de la reparación de los daños padecidos por el actor.

V) Por análogos fundamentos, adhiero a lo sugerido en el primer voto con relación a las demás cuestiones que motivan la intervención de esta Sala.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, **el TRIBUNAL RESUELVE**: 1. Modificar la sentencia de origen elevando los honorarios del Sr. Letrado de la parte actora al 18% del monto de condena con sus accesorios, confirmándola en todo lo demás que decide, con costas a las accionadas vencidas en la alzada. 2. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en segunda instancia en el 25% de lo que corresponde a la actuación en la instancia anterior por el proceso principal. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856, Acordadas C.S.J.N. 15/13 (punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Conste que la vocalía 1 se encuentra vacante (art.109 R.J.N.)

MMV

Enrique Nestor Arias Gibert  
Juez de Cámara

Oscar Zas  
Juez de Cámara