

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2010

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los seis actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A., propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de fantasía "Easy", sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la "pseudo categoría" de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio –que fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006– y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, al confirmar el fallo de primera instancia favorable a las dos pretensiones, tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica, con fundamento

en el art. 1° de la ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (art. 14.3 de la ley 48). En lo restante –violación del principio de congruencia y valoración del hecho de que los actores habrían percibido las indemnizaciones por despido con anterioridad a la demanda– se impone su rechazo (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La cuestión federal a ser juzgada por esta Corte reside, de consiguiente, en determinar si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su art. 1° resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

3°) Que las mencionadas cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

En tal sentido, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los

Año del Bicentenario

Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Se añaden a este listado, en el plano supralegal (art. 75.22 cit., primer párrafo), vgr., la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Todo ello, por cierto, como corolario de que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.): "[e]l hecho de establecer e imponer distinciones,

exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta [de las Naciones Unidas]" (Corte Internacional de Justicia, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, *Recueil 1971*, párr. 131).

Para la Carta Democrática Interamericana, "[l]a eliminación de toda forma de discriminación" contribuye "al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana" (art. 9°).

Cabe sumar a lo indicado, atento el contenido material del caso, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza (*Milone*, Fallos: 327:4607, 4616), por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). El Convenio N° 111, asimismo, se inscribe en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, "tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer

Año del Bicentenario

realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: [...] d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación". Se trata, además, de objetivos que, antes que atenuados, han resultado plenamente convalidados en nuestros días ante cualquier modalidad que pretenda imponerse a la disciplina laboral con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social (*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008). La Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998), de su lado, después de prever que todo trabajador "tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes", dispone que los Estados Partes "se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación [...]" (art. 1°).

4°) Que, ciertamente, el mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente "de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" y que, por el otro, "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva

OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88 -y sus citas- y 100). La referencia a este antecedente, y el seguimiento del que será objeto, son más que apropiados en el sub lite por cuanto, en esa oportunidad, el tribunal regional asentó una doctrina de importancia mayor para la conceptualización del principio en estudio, no debiéndose pasar por alto, asimismo, que lo hizo con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su proyección excede esta esfera.

De tal suerte, cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, "puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". Así, por su carácter "imperativo", rige en el "derecho internacional general", en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a "nivel internacional o en su ordenamiento interno", independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, también les exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un "deber especial" de protección con respecto a actuaciones y prácticas de ter-

Año del Bicentenario

ceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas "perentorias" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, "independientemente de cualquier circunstancia o consideración", la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter *erga omnes* establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos *inter privatos*, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*, cit., párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151).

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela, desde otra fuente, que éste se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor

absoluto del cual nadie puede desviarse (doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso *Furundzija* – "Prosecutor v. Anto Furundzija"–, sentencia del 10-12-1998, párr. 154, en *International Human Rights Reports*, 2002, vol. 9, n° 3, p. 783; asimismo: Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2002, ps. 144 y 147 *in fine*/148).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a su turno, previó la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general –*jus cogens*–, o ante la aparición de una de éstas (arts. 53 y 64; asimismo: art. 71), dejando a la práctica de los Estados y a la "jurisprudencia de los tribunales internacionales" la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens* (Comisión de Derecho Internacional, "Projet d'articles sur le Droit des traités et commentaires", 1966, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, p. 270). De ello ya han dado muestra variados tribunales en el nivel nacional e internacional, incluso en contextos no limitados a la validez de tratados ("Text of the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts and commentaries", adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53ª, 2001, *Report of the International Law Commission*, A/56/10, p. 208 y sus citas). La Corte Interamericana, mediante "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", suma una nueva perspectiva a esos antecedentes.

5º) Que de lo expuesto precedentemente se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al

Año del Bicentenario

menos: el de su legislación, "de lo cual es un ejemplo la ley 23.592" y, también, el "de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales" (*Partido Nuevo Triunfo*, Fallos: 332:433, 439). Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación, advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias" (*Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes -párrafo 1 del artículo 2 del Pacto-*, HRI/GEN/1/Rev.9 -Vol. I-, párr. 3).

Al respecto, es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados" (art. 1°), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, primer párrafo, y art. 1°; PIDESC, preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Mortificación, la antedicha, de grado nada menor, ya que las violaciones a la dignidad de la

persona humana así como pueden mortificar su espíritu, también pueden dañar su cuerpo, constituyendo una fuerza patológica y destructiva del bienestar de las personas al menos igual que la de los virus y las bacterias (Mann, Jonathan, "Health and Human Rights", en *Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 176). Sobre el punto, es significativa la citada Convención de Belém do Pará, en cuanto reconoce que el derecho de toda mujer a una "vida libre de violencia" incluye, entre otros, el derecho de "ser libre de toda forma de discriminación" (art. 6°.a, *itálica agregada*).

No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones "muy graves", las "decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares" (art. 4°.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°.5.a y b).

6°) Que este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones, además de la que será expresada en el considerando siguiente. Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente,

Año del Bicentenario

"la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos" (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (*Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.*, Fallos: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos "naturalmente entrañables" (*Madorrán*, Fallos: 330:1989, 2004), tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 bis de la Constitución Nacional –"las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor"– y lo reitera el art. 7° del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus Miembros: "todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" (II, a). Ello explica, al unísono, que garantizar la no discriminación configura para el Estado una "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato", cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional

(Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de "proteger" los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (ídem, párr. 22).

Por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (*Cardozo*, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y *Madorrán*, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (*Madorrán*, cit., p. 2004). Ya el precedente *Berçaitz*, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, "concordante con la doctrina universal": el "principio de favorabilidad" (Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27).

7º) Que en respuesta al supuesto de colisión que acaba de ser indicado, cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso *De Luca*, de 1969 (Fallos: 273:87). Esto es así, por muy

Año del Bicentenario

variados motivos. En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexos con los "salarios" o "remuneraciones" materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el sub examine, contrariamente a *De Luca*, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.

En todo caso, vale decir, al margen de lo que pudiera seguirse del antecedente citado, añádese a lo anterior, en tercer término, una consideración determinante: el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de *De Luca*. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (*Galassi*, Fallos: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el "bloque de constitucionalidad federal", comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (*Dieser*, Fallos: 329:3034), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. Así, además de cuanto ha sido expresado en los considerandos 3° a 6°, cobra todo su sentido y significación otro esclarecimiento, ya alcanzado por el Tribunal en el caso *Madorrán*: la protección del "derecho a trabajar" previsto en el art. 6.1 del PIDESC, al incluir el

derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, "si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta" (cit., p. 2003; v. asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 223). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal (*Torrillo, Fallos: 332:709, 713*), ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, "tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución [...]" (*Observación general N° 18*, cit., párr. 48; en igual sentido, del mismo Comité: *Observación general N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales –artículo 3– del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2005, párr. 21). Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente" (*Observación general N° 18*, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, "anular la terminación" y

Año del Bicentenario

ordenar la "readmisión" del trabajador (art. 10).

A conclusiones análogas conduce el abanico de instrumentos internacionales que también enuncian y resguardan el "derecho a trabajar" (Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 23.1-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. XIV- y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -art. 5.e.i-), el cual debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a). No huelga observar que el citado Protocolo de San Salvador contempla a la "readmisión en el empleo" como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7°.d).

Más todavía. El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que esta Corte ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador. Así, en *Rusich, Elvira c/ Cía. Introdutora de Bs. As.* (Fallos: 181:209), de 1938, al persistir en la línea que trazara tanto en *Saltamartini c/ Compañía de Tranways "La Nacional"*, en cuanto a la imposición de la indemnización por despido y por falta de preaviso (Fallos: 176:22), cuanto en *Quinteros, Leónidas S. c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina* (Fallos: 179:79), desestimó que el pago de las vacaciones pudiera ser impugnado constitucionalmente con fundamento en que resultaba un salario sin contraprestación del trabajador, al paso que justificó, por obedecer al "ritmo universal de la justicia", otras normas protectoras de aquél que imponían al empleador obligaciones de

naturaleza análoga a la anterior (Fallos: 181:209, 212/214; asimismo: *Dordal, José c/ Calderón y Roperó*, Fallos: 189:234; *Vizzotti*, Fallos: 327:3677, 3689, y *Aquino*, Fallos: 327:3753, 3770). Sobre bases análogas se emplaza con vigor la *ratio decidendi* de *Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.*: "toda vez que la *libertad de contratar* del empleador entre en conflicto con la *libertad contra la opresión* del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental" (Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia *West Coast Hotel Co. v. Parrish* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en *Roldán c/ Borrás*, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que "el fundamento valorativo de la solución" reposaba "en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica" (Fallos: 250:46, 48/50).

Y, ciertamente, son el mencionado "ritmo universal de la justicia", la "ponderada estimación" de las "exigencias éticas" y "condiciones sociales", cuando no la "libertad contra la opresión" que ejerce la discriminación, los elementos que acreditan, desde hace ya tiempo, que el repudio a todas las formas de aquélla, y el emplazamiento de su prohibición en el elevado campo del *jus cogens*, resulta, lisa y llanamente, una reacción de la conciencia jurídica universal (*opinio juris*

Año del Bicentenario

communis), lo cual, así como trasciende las fuentes formales del derecho de gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciona su interpretación y aplicación.

8°) Que la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 – y su cita– y 214.7, y "Madorrán", cit., p. 2005). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que "[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley" (art. 26), también requiere, por vía de su art. 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la "restitución" (Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford

University Press, 1999, ps. 43 y 55). En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó que el art. 6 de la Directiva 76/207/CEE (9-2-1976) –por la cual los Estados Miembros debían introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerara perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional– requería "medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada", las cuales debían "garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario". Así, apuntó, en el supuesto de un despido discriminatorio (art. 5.1 de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presentaba cuando la persona discriminada "recupera su puesto de trabajo" (Asunto C-271/91, *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, sentencia del 2-8-1993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8, ps. 4407/4408, párrs. 24/25).

Es del caso recordar que, ya para 1928, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el famoso caso *Chorzów Factory / Usine de Chorzów*, tuvo ocasión de sostener que "[e]l principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que se desprende de la práctica internacional, especialmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, de ser posible, borrar todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosíblemente habría existido si éste no hubiera sido cometido" (fondo, sentencia del 13-9-1928, Serie A, N° 17, p. 47). Incluso en los marcos internos, la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su estudio gene-

Año del Bicentenario

ral *Igualdad en el empleo y la ocupación* (1988), que guarda relación directa con el ya citado Convenio N° 111 de la OIT, advirtió que "la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza. El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo considerable para determinar los derechos individuales". Aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la "reintegración en la empresa" (Capítulo IV, Aplicación de los principios, párr. 163; asimismo: párr. 227). Al respecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene juzgado que las reparaciones (*remedies*) a las "víctimas de una conducta discriminatoria" deben orientarse lo más cerca posible para "reponer" a éstas "en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta" (*Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 280 - 1977).

9°) Que con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las "leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción", y esta conclusión se impone, "con mayor fundamento", respecto de la Constitución Nacional que "tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios

constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución". Esta enseñanza, expresada por el Tribunal en el señero caso *Kot* (1958), es de oportuna cita, puesto que el precedente, así como entrañó una de las primeras aplicaciones de una norma internacional que, a la sazón, ni siquiera había alcanzado el grado de vinculación que hoy universalmente le es reconocido: la Declaración Universal de Derechos Humanos, también tuvo como objeto la "protección constitucional de los derechos humanos" (Fallos: 241:291, 300 y 302). De ahí que, además, el art. 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (v. *Rodríguez, Luis Guillermo s/ recurso de queja*, Fallos: 329:1794, y *García Méndez*, Fallos: 331:2691, 2700/2701), no excluyente de "otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las "condiciones de trabajo". Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)" (*Vizotti*, cit., p. 3688).

10) Que los razonamientos expuestos hasta aquí también vuelven inatendible la defensa de la demandada relativa a que, de acuerdo con el precedente *Figueroa, Oscar Félix y otro*

Año del Bicentenario

c/ *Loma Negra Cía. SA*, de 1984 (Fallos: 306:1208), la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades "discrecionales" del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Con todo, cumple agregar que, a la luz de *corpus iuris* de los derechos humanos reiteradamente citado, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto. Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado (*Aquino*, cit., p. 3778, y *Madorrán*, cit., p. 2004). Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, "[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el *respeto debido a la dignidad del trabajador* y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho" (LCT, art. 68, itálica agregada). Suele pasar inadvertido, en esta cuestión, que los poderes invocados, para ser válidos, por un lado, no pueden desentenderse de que "el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano" (*Condición Jurídica y*

Derechos de los Migrantes, cit., párr. 158), ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que "[e]l contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí", de manera que "[s]ólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley" (art. 4°). Y todo ello pesa sobre el empleador, pues así lo impone, además de lo expresado sobre el *Drittwirkung* o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1°; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo), lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, "también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales", lo cual alcanza al "marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores" (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*, cit., párr. 146; asimismo: párr. 151. "El *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares" -ídem, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77-). Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la

Año del Bicentenario

concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, "aun" cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), a *fortiori*, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas (Vasak, Karel, "Les principes fondamentaux d'interprétation et d'application des Droits de l'homme", en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma –art. 13– contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad" (Kot, cit., p. 299).

La defensa en estudio, sustancialmente, parece responder a una concepción instrumental del trabajador, análoga a la que fue materia de terminante censura por esta Corte en el precedente *Vizotti* citado. Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (cit., ps. 3691/3692). El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen

inequitativo de despidos arbitrarios (*Mata, José María c/ Ferretería Francesa*, Fallos: 252:158, 163/164), puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de *Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P.*, Fallos: 329:1638; *Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, Fallos: 329:4918, y *Aquino*, cit., p. 3766 y su cita).

11) Que, en consecuencia, nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (*Ganem*, Fallos: 324:392), sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" (*Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos: 308:647, 653) y, por el otro, el trabajador es un sujeto de "preferente tutela" por parte de la Constitución Nacional (*Vizzoti*, cit., ps. 3689 y 3690; *Aquino*, cit., ps. 3770 y 3797; *Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.*, Fallos: 331:570, y *Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.R.L.*, Fallos: 331:1488). Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona "derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)", no lo es "en el sentido de que la

Año del Bicentenario

voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias", tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (*Quinteros*, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario con los alcances señalados y, en igual medida, se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Có-

-//-

-//-digo Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, devuélvase el depósito (fs. 2), acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI (en disidencia parcial)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia parcial)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

ES COPIA

DISI-//-

Año del Bicentenario

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO
LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA
DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que los actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A. –titular de los comercios que giran bajo el nombre de fantasía "Easy"– con el objeto de que se declarara la nulidad de los despidos de los que fueron objeto, se los reinstalara en sus puestos de trabajo y se les abonara una reparación económica.

Alegaron que prestaban servicios para la demandada bajo la "pseudo categoría" de asesores, la cual –según dijeron–, estaba destinada a dejarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio.

Señalaron que el sindicato de esta última actividad les había negado la afiliación por lo cual crearon el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio –que fue inscripto ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006– y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, agregaron que el presidente de dicha comisión intimó a la demandada al pago de diferencias salariales a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa pidiera una lista de los integrantes de aquélla. En ese contexto, entre otras circunstancias, finalmente consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales.

2°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –por mayoría– confirmó el fallo de primera instancia que tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y ordenó, con fundamento en el art. 1 de la ley

23.592, su reincorporación, a la vez que dispuso tener a las sumas por ellos percibidas con anterioridad a la promoción del pleito como cancelatorias de cualquier reclamo pecuniario derivado de este conflicto (fs. 316/340).

Para así decidir, el tribunal a quo entendió que la pretensión se había basado en las disposiciones de la ley 23.592. Afirmó que dicha norma prescribe la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable, lo cual estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 del Código Civil) o, incluso, a la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), de modo que la rescisión decidida por la empleadora no tendría eficacia en razón de su finalidad discriminatoria.

En otro orden de cosas, descartó que la aplicación de la ley 23.592 al caso pudiese afectar el principio de congruencia, porque en el escrito de inicio se habían aportado la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitaban el ejercicio del *iura novit curia* para encuadrar el caso en la citada ley antidiscriminatoria.

Ello dio lugar al recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación origina la presente queja.

3°) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (artículos 14, 14 bis, 16, 17 de la Constitución Nacional; tratados internacionales afines y la ley 23.592 de "Actos Discriminatorios"). Los restantes agravios –incluido aquél por el que se cuestiona el carácter discriminatorio atribuido a los despidos–, conducen al examen de cuestiones fácticas, probatorias y de derecho común y procesal ajenas –por principio– a esta instancia de excepción por lo que, en este aspecto, el remedio se declara inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Año del Bicentenario

4°) Que establecidos los puntos que habilitan la intervención de este Tribunal corresponde analizar el principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador. Al respecto, y como pauta interpretativa, cabe recordar que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (Fallos: 167:211; 171:348; 181:343; 240:311; 251:86; 255:293; 272:99; 280:311; 301:771, entre muchos otros).

5°) Que, a fin de abordar esta cuestión, se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros. El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados, o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (causa P.1469.XLI "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal", sentencia del 17 de marzo de 2009 y sus citas).

6°) Que el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados

internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación debe reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley aquí en juego como también el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad", y en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales (conf. causa "Partido Nuevo Triunfo" antes citada).

7°) Que, por lo demás, dado el contenido material del caso, cabe destacar lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, en el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968) de jerarquía supralegal dada su naturaleza (conf. causa *Milone*, Fallos: 327:4607) el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). Asimismo, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), se expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los

Año del Bicentenario

convenios respectivos, "tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir (...) d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación".

Se trata, además, de objetivos que han resultado convalidados en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Por su parte, la Declaración Socio Laboral del Mercosur (1998), después de prever que todo trabajador "tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamientos y oportunidad en el empleo y ocupación (...) en conformidad con la disposiciones legales vigentes", dispone que los Estados Partes "se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación (...)" (art. 1).

8°) Que, por otro lado, la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y —en principio— comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio.

En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante

su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

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

10) Que una vez delineados los aspectos fundamentales de los principios de igualdad ante la ley y a la no discriminación y libertad de contratar, corresponde abordar la cuestión federal planteada: si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su artículo 1°.

11) Que para decidir la primer cuestión cabe señalar que en dicha disposición se establece que "[Q]uien arbi-

Año del Bicentenario

trariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

12) Que los inequívocos términos de la norma transcrita no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada. Una conclusión contraria implicaría desconocer la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida por el legislador con su dictado.

13) Que, sentado lo expuesto, corresponde ahora analizar cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en el art. 1º. Como se desprende del texto normativo transcrito, el afectado –discriminado– tiene derecho a que se "deje sin efecto" el acto discriminatorio y se le resarzan los daños y perjuicios sufridos.

En lo que atañe a este tipo de actos adoptados en el ámbito laboral es menester distinguir entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endureza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente or-

denar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador.

14) Que, en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes.

En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido motivado en el matrimonio del trabajador, artículo 182 LCT; o en el embarazo de la trabajadora, artículo 178 LCT), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (artículo 177 LCT; artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discri-

Año del Bicentenario

minatorio tiene vigencia por un plazo determinado (tres meses anteriores y seis posteriores al matrimonio –artículo 181 LCT–; por el tiempo que dure la gestación –artículo 177, tercer párrafo, LCT–; siete meses y medio anteriores y posteriores al parto –artículo 178 LCT–; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año –artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales–; seis meses a partir de la postulación –artículo 49 de la Ley de Asociaciones Sindicales–). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa.

15) Que, en línea con lo que se acaba de exponer, cabe señalar que en el precedente *Madorrán* (Fallos: 330: 1989), esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía solo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Como ya se dijo, el derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio.

16) Que, en vista de todo lo expuesto cabe concluir que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar

dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo.

Nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que, como se ha establecido *ut supra*, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado.

Ahora, ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta —a criterio de este Tribunal— la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego.

17) Que la solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del derecho internacional. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Año del Bicentenario

Culturales ha establecido que las víctimas de violaciones al derecho del trabajo "...tienen derecho a una reparación adecuada, que **[puede] adoptar** la forma de restitución (...)" (*Observación General N° 18. El Derecho del Trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 48). En igual sentido, se ha pronunciado en la *Observación General N° 16* acerca de "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales" (año 2005, párr. 21).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que en el supuesto de un despido discriminatorio **una de las modalidades** para restablecer la situación de igualdad se presenta cuando la persona discriminada "recupera su puesto de trabajo" (Asunto C-271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, sentencia del 2/8/1993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8, ps. 4407/4408, párrs. 24/25).

18) Que, en tales condiciones, ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa. De tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente al recurso de queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 344/359 vta. y se revoca el pronunciamiento con el alcance indicado. Costas por su orden en atención a la forma en que se decide y a la naturaleza de las cuestiones propuestas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **el representante de la firma Cencosud S.A. Dr. Daniel Ricardo Rosso.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 24.**

Año del Bicentenario

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a :

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/beiro/13/alvarez_a_1023_l_43.pdf

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2008/beiro/pellejero_maria_p_1697_l_41.pdf

Despido indirecto - Actos discriminatorios