



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1634/09

Dolores, 23 de septiembre de 2009.-

REF: “ Jurisprudencia Nacional - La Cámara del Trabajo resolvió que en el ámbito del estatuto de la industria de la construcción procede declarar la nulidad del despido - represalia, en tanto discriminatorio, con la consiguiente reinstalación del trabajador en su puesto ”.-

El Dr. Zas, en su rico voto que integra la mayoría concluye que "la facultad legal de la demandada de extinguir lícita y válidamente el contrato de trabajo sin necesidad de expresar causa alguna, con el consiguiente cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Art. 17 párrafo 1° y 2° de la Ley 22.250, no obsta a que la decisión rescisoria vulnere el derecho del actor a la no discriminación de jerarquía constitucional e integrante del ius cogens".

DESPIDO DISCRIMINATORIO. DESPIDO - REPRESALIA. PERSONAL DE LA CONSTRUCCION (Ley 22.250). Despido fundado en la declaración testimonial del trabajador prestada en un proceso laboral incoado contra la empleadora por un tercero. Aplicación de la Ley 23.592. Despido como acto discrecional del empleador. Ilícito constitucional. Violación de los derechos fundamentales del trabajador. Vulneración del jus cogens. Afectación de otros derechos constitucionales. Libertad de expresión. Tratados internacionales. **NULIDAD DEL DESPIDO. REINSTALACION EN EL PUESTO.** Procedencia. Aplicación de astreintes en caso de incumplimiento. Pago de salarios caídos.

S. 94267 CAUSA 14.593/2008 - “Lescano Victor Cesar c/Ingeplam S.A. s/ despido” – CNTRAB – SALA IV – 31/08/2009 **DESPIDO DISCRIMINATORIO. DESPIDO – REPRESALIA. PERSONAL DE LA CONSTRUCCION** (Ley 22.250). Despido fundado en la declaración testimonial del trabajador prestada en un proceso laboral incoado contra la empleadora por un tercero. Aplicación de la Ley 23.592. Despido como acto discrecional del empleador. Ilícito constitucional. Violación de los derechos fundamentales del trabajador. Vulneración del jus cogens. Afectación de otros derechos constitucionales. Libertad de expresión. Tratados internacionales. **NULIDAD DEL DESPIDO. REINSTALACION EN EL PUESTO.** Procedencia. Aplicación de astreintes en caso de incumplimiento. Pago de salarios caídos.

“Si bien la ley 22.250 no le impone al empleador expresar ni acreditar causa alguna para despedir lícita y válidamente al trabajador, esa ausencia de exigencia causal opera en el marco de la legalidad, mientras que las reglas de distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales se inscriben en la dimensión constitucional.” (Del voto de la mayoría)

“Desde la perspectiva constitucional las decisiones discrecionales o no causales del empleador pueden ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales del trabajador, máxime si forman parte del ius cogens, como es el caso del derecho a la no discriminación. La facultad empresarial discrecional o no causal, entonces, tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de la lesión del derecho fundamental concurrentes sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio producido por el trabajador.” (Del voto de la mayoría)

“Aunque se trate de un acto discrecional o no causal, el empleador está obligado a hacer transparentes las razones de la medida adoptada cuando se sospeche que, cobijada tras la ausencia de motivación, existe una violación de los derechos fundamentales del trabajador, pues el ejercicio de facultades legales, aun discrecionales o no causales, no puede conducir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de aquellos derechos fundamentales, máxime si vulneran el jus cogens. Es más, la exigencia de acreditación de la razonabilidad de la decisión opera con más intensidad en los casos en que el empresario no está sujeto por las normas a causas o procedimientos en su actuación, por cuanto en ellos puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las razones de su decisión.” (Del voto de la mayoría)

“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.” (Del voto de la mayoría)

“Un orden jurídico justo fundado en los principios y valores constitucionales no debe permanecer indiferente frente al despido represalia sufrido por el trabajador propuesto como testigo por otro trabajador en un proceso laboral incoado por este último contra el empleador de ambos que cumple el deber constitucional y legal de comparecer y declarar la verdad

ante el juez o tribunal que lo cita.” (Del voto de la mayoría)

“No parece jurídicamente consistente dejar impune una conducta empresarial violatoria de un derecho del trabajador amparado por el ius cogens con la sola invocación de una norma legal consagratoria del derecho empresarial a despedir lícita y válidamente, porque ello comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.” (Del voto de la mayoría)

“El hecho de que las decisiones discrecionales o no causales del empleador -incluidas las extintivas de la relación laboral- no precisen ser motivadas no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional o no causal contraria a los derechos fundamentales del trabajador.” (Del voto de la mayoría)

“La facultad legal de la demandada de extinguir lícita y válidamente el contrato de trabajo sin necesidad de expresar causa alguna, con el consiguiente cumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 17, párrafo 1º y 2º de la ley 22.250, no obsta a que la decisión rescisoria vulnere el derecho del actor a la no discriminación de jerarquía constitucional e integrante del ius cogens, ilicitud esta última que -como señalé en los considerandos precedentes- ha sido acreditada.” (Del voto de la mayoría)

“La nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación del trabajador es la única solución que repara totalmente el daño causado.” (Del voto de la mayoría)

“No obsta a la conclusión expuesta el hecho de que el actor haya recibido la libreta prevista en el art. 13 y concs. de la ley 22.250 con la libre disponibilidad de los aportes pertinentes, pues -dadas las circunstancias del presente caso- ello no implica renuncia alguna al derecho de incoar la nulidad del despido fundado en normas imperativas de jerarquía constitucional e integrantes del ius cogens, máxime que el planteo fue formulado oportunamente (ver doc. de fs. 35 y 36, reconocidos a fs. 66).” (Del voto de la mayoría)

“El despido discriminatorio padecido por el actor es un acto nulo de objeto prohibido, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la demanda, declarando la nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir al actor en el empleo, dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado (conf. arts. 18, 666 bis, 953, 1044 y concs., C. Civ.; 1º, ley 23.592; y 37, C.P.C.C.N.).” (Del voto de la mayoría)

Fallo en Extenso:

S. 94267 CAUSA 14.593/2008 - “Lescano Victor Cesar c/Ingeplam S.A. s/ despido” CNTRAB “SALA IV” 31/08/2009

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 31 DE AGOSTO DE 2009, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso interpuesto contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación:

El doctor Héctor C. Guisado dijo:

I) A fs. 134 el actor apela la sentencia de primera instancia de fs. 124/127 que rechazó la demanda. Asimismo, a fs. 128 la demandada cuestiona la distribución de costas en el orden causado y a fs. 133 la perito contadora recurre sus honorarios por bajos.-

II) La Sra. Jueza a quo desestimó el reclamo de reincorporación y pago de salarios caídos pues consideró que: a) la pretensión del dependiente de lograr la nulidad del despido y por ende la reincorporación en el puesto resulta improcedente en el ámbito del estatuto de la industria de la construcción; b) aun cuando se soslayare el régimen jurídico propio y específico que rige la relación laboral, lo cierto es que el actor no probó que después de declarar como testigo la demandada le hubiere negado tareas; c) si bien es verdad que con anterioridad al despido el actor declaró como testigo en un juicio entablado por un compañero de trabajo contra la aquí demandada, este indicio no () resulta suficiente para demostrar que el acto lesiona su derecho fundamental a no sufrir discriminaciones arbitrarias en los términos dispuestos por la ley 25.592; d) no existe otro elemento en la causa que permita inferir una actitud discriminatoria hacia el actor o que su despido hubiese tenido relación con la declaración testifical brindada por éste; e) la circunstancia de que la extinción del contrato de trabajo se hubiere formalizado con posterioridad a dicha declaración no implica de modo alguno un desconocimiento de los derechos humanos fundamentales del demandante; f) desde esa perspectiva, dado que la extinción sin expresión de causa de la relación laboral se encuentra permitida en el marco normativo aplicable, ello revela la inexistencia de la discriminación invocada, sin que obste a ello lo que surge de los elementos de la causa, por cuanto el empleador no se encuentra obligado a expresar la causa del despido ni a demostrar en juicio que su actuación tuvo un origen extraño a la invocada vulneración de derechos fundamentales.-

Anticipo que el recurso de la actora se encuentra desierto, pues, en su muy escueto memorial recursivo, la apelante se limita a afirmar dogmáticamente que el despido sería inválido por discriminatorio, sin hacerse cargo, mediante una crítica concreta y razonada (como lo exige el art. 116 de la L.O.) de un fundamento esencial del decisorio: que la mera circunstancia de que el actor, con anterioridad a la cesantía, haya prestado declaración testifical en un juicio de un compañero de trabajo resulta insuficiente para demostrar que el despido lesiona su derecho fundamental a no sufrir discriminaciones arbitrarias, en tanto que no existe otro elemento de la causa que permita inferir una actitud discriminatoria hacia el actor o que su cesantía hubiese tenido relación con aquella declaración. Esta deficiencia recursiva sella la suerte de la apelación del actor, pues, como lo ha señalado la doctrina, la ley adjetiva requiere un análisis razonado del fallo y también la demostración de los motivos que se tienen para estimarlo erróneo, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa al apelante, no puede haber

agravio que atender en la alzada, pues no existe cabal expresión de éstos (cfr. Falcón, Enrique M., “Código Procesal”, t. II, p. 266).-

Corresponde entonces desestimar la queja.-

III) La demandada cuestiona la imposición de costas en el orden causal, y considero que no le asiste razón, pues por las particularidades del caso (en especial, la contemporaneidad entre la declaración testifical del aquí actor y su cesantía) cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio, lo que justifica la solución adoptada respecto de las costas (art. 68, 2ª parte, Cód. Procesal). Por análogas razones sugiero distribuir del mismo modo las costas de la alzada.-

IV) En atención al mérito e importancia de los trabajos realizados, los honorarios regulados a la perito contadora lucen reducidos, por lo que sugiero elevarlos a la suma de \$ 2.000 (arts. 38 L.O. y 3º y conc. dec. ley 16.638).-

V) En síntesis, voto por: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido motivo de recurso, a excepción de los honorarios de la perito contadora, que se elevarán a la suma de \$ 2.000. 2) Imponer las costas de la alzada en el orden causado.-

El doctor Oscar Zas dijo:

I) Disiento respetuosamente de la solución propuesta por mi distinguido colega preopinante, por las consideraciones que a continuación efectuaré.-

II) 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. nº 68.536, del 14/06/2006), "Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A." (sent. def. nº 69.131, del 21/12/2006), "Quise Quipe Néstor c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A." (sent. def. nº 70.349, del 20/12/2007) y "Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A." (sent. def. nº 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 suprallegal, 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. 5º 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., 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 1º 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 igualación 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 estrechamente 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 2º 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 Nº 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 verificación 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 proporcionadamente 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), 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. nº 2004-11437, del 15/10/2004, 2004-11984, del 29/10/2004 y 2005-13205, del 27/09/2005).-

En una reciente obra, 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. Mª Fernanda Fernández López, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, La Ley, Temas, 1ª edición, 2008, Madrid, España, p. 133 y 150).-

III) A la luz de la doctrina expuesta, corresponde ahora dilucidar si el despido del actor constituye una represalia de la demandada por haber declarado como testigo en un proceso laboral seguido por un tercero contra aquélla.- Llega firme a la alzada que el 13 de septiembre de 2007 el actor prestó declaración testimonial en la causa laboral caratulada: “Iglesias, Daniel Alejandro c/Ingeplam S.A. y otro s/accidente-acción civil”, iniciada por otro trabajador

contra la demandada y tramitada por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 27 (ver doc. de fs. 98/9, informe de fs. 102 y sentencia primera instancia -fs. 125/6-).-

Es cierto que el contrato de trabajo fue extinguido por la demandada a través del telegrama enviado al actor el 17 de septiembre de 2007, cuyo texto reza en lo pertinente:
“Queda Usted despedido a partir de la fecha...”

También es cierto que el actor reconoció como fecha de egreso el 17 de septiembre de 2007.-

Ambas conclusiones de la sentencia de grado, fundadas en los telegramas de fs. 21 y 34 (la idéntica comunicación de la extinción contractual acompañada por ambas partes), y en el documento de fs. 19, reconocido por el actor a fs. 43, no fueron cuestionadas por las partes.-

Sin embargo, en el escrito de inicio el actor alega que la pieza postal notificatoria de la ruptura contractual lleva fecha 14 de septiembre de 2007, es decir el día siguiente al de su declaración testimonial (ver fs. 6, párr. 2°), hecho que no es negado categóricamente en el responde, razón por la cual cabe considerarlo reconocido (conf. arts. 356, inc. 1°, C.P.C.C.N. y 71 y 155, L.O.).-

Sin perjuicio de lo expuesto, los documentos corrientes a fs. 21 y 34 -reitero- adjuntados por ambas partes y respecto a cuyo texto no hay controversia alguna revelan inequívocamente que la fecha de encabezamiento de la pieza postal es el 14 de septiembre de 2007.-

El tratamiento de la relevancia de ese hecho fue omitido por la magistrada de la instancia anterior, por lo que -ante el planteo pertinente introducido en el memorial de agravios por el actor, fs. 134-, corresponde a la alzada expedirse al respecto.-

No deja de llamar la atención que la fecha que encabeza el texto de la comunicación del despido suscripta por el presidente del directorio de la demandada (conf. art. 1.012, 1.026, 1.028 y conec., C. Civ.) sea la del día inmediatamente posterior a la declaración testifical del actor en el proceso incoado por otro trabajador contra la demandada.- Si bien el recurrente no controvierte que la fecha efectiva de expedición de la pieza postal de marras fue el 17 de septiembre, el encabezamiento de su texto con una fecha anterior (14 de septiembre) revela que este último día ya estaba tomada la decisión empresarial de despedir al actor o, en el mejor de los casos para la demandada, había comenzado el proceso volitivo que concluyó tres días después con la formal remisión del telegrama.-

Dicho en otros términos: hay una absoluta inmediatez entre la fecha de la declaración testifical y la toma de decisión de despedir, ya sea que esta última se haya concretado y agotado como acto el 14 de septiembre, o bien que constituya un proceso iniciado inequívocamente esta última fecha y concluido el 17 de septiembre.-

Aunque hipotéticamente se considere que la decisión de despedir recién tuvo lugar el 17 de septiembre y que la fecha de encabezamiento del telegrama es irrelevante al respecto, es menester destacar que no está controvertido que la jornada laboral se extendía de lunes a viernes (ver hecho afirmado en la demanda y no negado en la contestación), que la demandada no alega en el responde que se cumplieran tareas los sábados y domingos, y que el 13 de septiembre fue jueves y el 17 de ese mes lunes.-

En este último contexto, planteado hipotéticamente, el despido del actor se habría concretado dentro del segundo día laborable subsiguiente al testimonio de aquél, lo que no altera la conclusión precedente acerca de la absoluta inmediatez entre ambos momentos.-

En consecuencia, la correlación temporal entre la declaración testimonial y el despido del actor 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 aquel testimonio.-

Dicho en otros términos: en el marco expuesto razonablemente cabe establecer una apariencia de conexión causal entre la declaración testimonial y el despido de Lescano dada su cercanía temporal.-

En este caso concreto, la aludida cercanía temporal genera “per se” la sospecha de que la extinción contractual decidida por la demandada constituye una represalia frente a la decisión del actor de testimoniar en un proceso laboral incoado por un tercero contra aquélla, sin que obste a esta conclusión el hecho de que el actor no haya probado la invocada negativa de tareas posterior a su declaración testifical, ni que haya reconocido en un documento su desempeño laboral hasta el 17 de septiembre de 2007.-

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

Si bien la ley 22.250 no le impone al empleador expresar ni acreditar causa alguna para despedir lícita y válidamente al trabajador, esa ausencia de exigencia causal opera en el marco de la legalidad, mientras que las reglas de distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales se inscriben en la dimensión constitucional.-

En efecto, desde la perspectiva constitucional las decisiones discrecionales o no causales del empleador pueden ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales del trabajador, máxime si forman parte del ius cogens, como es el caso del derecho a la no discriminación. La facultad empresarial discrecional o no causal, entonces, tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de la lesión del derecho fundamental concurrentes sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio producido por el trabajador.-

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de facultades legales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional,

encubierta tras la legalidad del acto empresarial.-

En consecuencia, aunque se trate de un acto discrecional o no causal, el empleador está obligado a hacer transparentes las razones de la medida adoptada cuando se sospeche que, cobijada tras la ausencia de motivación, existe una violación de los derechos fundamentales del trabajador. Pues el ejercicio de facultades legales, aun discrecionales o no causales, no puede conducir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de aquellos derechos fundamentales, máxime si vulneran el *jus cogens*. Es más, la exigencia de acreditación de la razonabilidad de la decisión opera con más intensidad en los casos en que el empresario no está sujeto por las normas a causas o procedimientos en su actuación, por cuanto en ellos puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las razones de su decisión.- Los criterios expuestos en los tres párrafos que anteceden también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España (conf. -entre otras- STC 90/1997, de 6/05/1997, STC 87/1998, de 21/04/1998, STC 87/2004, de 10/05/2004 y STC 38/2005, de 28/02/2005), y por la doctrina más prestigiosa de ese país (conf. -entre otros- Antonio Baylos Grau, op. cit., p. 36 e Ignacio García-Perrote Escartín, “La prueba en el proceso de trabajo”, Civitas, Madrid, España, 1994, p. 200 y ss.) En este contexto, cabe concluir que el despido del actor constituyó una represalia de la demandada por la declaración testimonial de aquél en un proceso laboral incoado contra esta última por un tercero.-

No modifica la conclusión expuesta la falta de intencionalidad lesiva de la demandada, toda vez que la vulneración de los derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de dificultosa comprobación. Este elemento intencional es irrelevante, bastando comprobar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento ilícito y el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.-

V) 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 sobre la naturalización. Opinión Consultiva

OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A Nº 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 incursos 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 Nº 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 jus 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 Nº 98, párr. 165. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 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 Nº 98, párr. 164. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C Nº 73, párr. 87. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 179. Caso “Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C Nº 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 Nº 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, 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 *ius 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 Montejó, “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).-

VI) Una primera cuestión a dilucidar es si el despido represalia por haber declarado el actor como testigo en un proceso laboral incoado contra el empleador por un tercero 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 formulada en el considerando V) de este voto. De todos modos, considero apropiado exponer argumentos complementarios a fin de despejar cualquier duda respecto a esta tesis.-

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, prejudicial, 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^a 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 Alvarez 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”, 5^a 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 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 encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” (art. 2.1, PIDCP).-

VII) 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 declaración testimonial no sea uno de los motivos de discriminación enunciados en las normas jurídicas pertinentes, pues esa enumeración no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, ni una interpretación restrictiva del alcance de cada uno de ellos.- En 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 aquellas 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.- El art. XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, norma de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.) dispone:

“Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre”.-

Por tanto, prestar declaración veraz como testigo en una causa judicial constituye un deber impuesto por una norma de jerarquía constitucional concretado en diversas normas legales aplicables al procedimiento laboral como el que rige este caso, entre las cuales se destacan el art. 426, C.P.C.C.N. que reglamenta el deber precitado al prescribir que “Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley”, el art. 89, párr. 2º, L.O. que establece que “...Los testigos que no comparecieren sin justa causa serán conducidos por medio de la fuerza pública, salvo que la parte que los propuso se comprometiere a hacerlos comparecer o a desistirllos en caso de inasistencia...”, el art. 440, C.P.C.C.N., según el cual “Antes de declarar, los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes” y el art. 275, C. Penal, que dispone en lo pertinente: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente...En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena”.- Mediante su declaración veraz el testigo contribuye a la consolidación de valores y principios constitucionales, como el de afianzar la justicia, dada su inmediata vinculación con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de las funciones atribuidas a éstos por el art. 116, C.N.-

Dentro de las garantías del debido proceso establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra “...el derecho...de obtener la comparecencia, como testigos..., de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...” (art. 8.2.f).-

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (entre ellas: el “derecho de obtener la comparecencia, como testigos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”) se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes, incluido el laboral (conf. CIDH, 31/01/2001, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párr. 70; 2/02/2001, Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 125 y 6/02/2001, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párr. 103).-

En este contexto, la protección frente a medidas de represalia adoptadas por el empleador contra el trabajador que testifica verazmente en un proceso laboral frente a aquél también garantiza indirectamente el derecho de otros trabajadores a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en los procesos entablados contra el empresario, máxime que los trabajadores son sujetos de preferente tutela constitucional (conf. C.S.J.N., V. 967. XXXVIII, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”, Fallos: 327:3677).-

Por las razones expuestas, de la comunicación de información veraz al órgano jurisdiccional en cumplimiento de un deber constitucional y legal, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales para el testigo en el ámbito de las relaciones públicas y privadas.-

Dicho en otras palabras: un orden jurídico justo fundado en los principios y valores constitucionales no debe permanecer indiferente frente al despido represalia sufrido por el trabajador propuesto como testigo por otro trabajador en un proceso laboral incoado por este último contra el empleador de ambos que cumple el deber constitucional y legal de comparecer y declarar la verdad ante el juez o tribunal que lo cita.-

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

Si bien -reitero- la condición de testigo en una causa judicial o el concreto cumplimiento del deber impuesto por la citación judicial pertinente 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. 1º 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.-

Cabe destacar que la demandada no alegó, ni tampoco obviamente probó, la falsedad de la declaración testimonial de Lescano.-

Lo verdaderamente relevante es que el tratamiento desigual basado en la condición de testigo del actor y en su adscripción a un determinado grupo o categoría social (los trabajadores que testifican verazmente en causas laborales incoadas contra el empleador) revela o presupone la existencia de una regla social implícita de discriminación por la pertenencia a ese grupo de la que participa objetivamente la demandada. La lesión a la dignidad reside en esa asociación entre la pertenencia al género o categoría y la posición sistemática de desigualdad, pauta de conducta que debe ser eliminada, bien para erradicar las desigualdades que colectivamente vienen sufriendo los grupos históricamente discriminados, bien para evitar que la generalización de esa asociación se traduzca en el surgimiento de nuevos grupos marginados.- Desde esta perspectiva, la regla antidiscriminatoria pretende hacer frente, no sólo al perjuicio directamente sufrido por la víctima directa del tratamiento discriminatorio, sino también a la peligrosidad social y a la ilicitud de los comportamientos discriminatorios, en tanto que copartícipes de una pauta de conducta perjudicial, tanto actual como potencialmente, para un determinado conjunto de personas (los trabajadores que testifiquen verazmente en causas laborales incoadas contra el empleador), e incompatibles con principios, valores y derechos constitucionales vinculados al adecuado funcionamiento del Poder Judicial y a la defensa en juicio de los trabajadores.-

El despido del actor en represalia por haber declarado verazmente como testigo en una causa laboral incoada por un tercero contra la demandada se revela como manifestación de una pauta de comportamiento social de tratar en forma distinta a los integrantes de dicho grupo o categoría al que se vincula aquél, contribuyendo -aún de modo potencial- a la situación de las personas pertenecientes a ese colectivo (los trabajadores que testifiquen verazmente en causas laborales incoadas contra el empleador) en un estatuto jurídico-social de inferioridad.-

En síntesis: el despido del actor es discriminatorio en la medida en que reproduce un patrón cuya extensión o reproducción conduciría a todo el grupo a una posición de desventaja en su situación laboral.-

En el mismo sentido, en el derecho español, el ya derogado art. 32.c) del Real Decreto-Ley 17/1977 incluía entre los despidos discriminatorios el que constituyera una represalia por la presentación de una queja o por la intervención en procedimientos seguidos frente al empresario por el incumplimiento por éste de normas laborales o de Seguridad Social, quedando amparada por dicha redacción la declaración testifical.-

Similar redacción tiene el art. 5.c) del Convenio 158 de la O.I.T., según el cual:

“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:...”

“...c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes...”

La Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señala en lo pertinente:

“...El Convenio N° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente...”

“...La principal obligación de los Estados Partes es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al

trabajo...Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas en relación con el derecho al trabajo, como la obligación de "garantizar" que ese derecho sea ejercido "sin discriminación alguna" (párrafo 2 del artículo 2) y la de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6. Dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo."

"...Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar. La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de inferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización..."

"...El incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros..."

"...Se invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones..." (conf. Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas).-

A propósito de la mencionada observación general estimo pertinente transcribir las agudas reflexiones de Rolando E. Gialdino:

"...La reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 dio jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22)...Cada uno de estos (tratados nacidos en el seno de las Naciones Unidas) ha previsto la creación de un Comité, apellidado, comúnmente con referencia al instrumento respectivo...Una de las competencias atribuidas por estos tratados a dichos Comités es la de dictar observaciones generales o recomendaciones generales (en adelante, OGs.)"-

"...El conjunto de las OGs, por un lado, resulta un corpus vasto, de inocultable riqueza y en permanentes vías de expansión y actualización, mientras que, por el otro, se constituye en una fuente de la única "interpretación autorizada" de los textos internacionales, en un medio por el cual les ha sido permitido a los Comités establecer una suerte de "interpretación auténtica" de aquéllos. M. Nowak, haciendo referencia al Comité de Derechos Humanos, señala que sus OGs son adoptadas por consenso entre todos sus miembros y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del Derecho, lo cual "subraya el carácter autorizado de estas interpretaciones". Esta interpretación es extensible a los restantes Comités"-

"Los caracteres reseñados en los dos párrafos anteriores, amén de otros, nos han llevado a sostener que las OGs. resultan, lisa y llanamente, fuente del Derecho Constitucional argentino. Por lo demás reciente jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha apoyado en estos documentos ("Aquino", sent. del 21/9/2004, Fallos 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, consids. 8 y 10 y "Verbisky", sent. del 3/5/2005. Ver, asimismo, el voto de la jueza Argibay en "Díaz, Timoteo", sent. del 7/3/2006, consid. 7)..."

"...No parece que queden dudas, entonces, de que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas la legalidad del despido, como protección del derecho al trabajo del PIDESC, está regida en términos al menos equivalentes a los del art. 4 del Convenio OIT 158, al que también remite expresamente el mencionado párr. 11 cuando alude al derecho del trabajador a la "reparación" (redress) en caso de despido injustificado. Importan estos señalamientos, entre otras razones, por cuanto la Argentina no ha ratificado (¿todavía?) dicho convenio..." (conf. Rolando E. Gialdino, "El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social", 23 (diciembre 2006), Lexis Nexis, p. 2085/6 y 2090).- Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la posibilidad de imputar la responsabilidad prevista en el Código Civil a una aseguradora de riesgos del trabajo, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso que se demuestren los presupuestos de aquélla, con fundamento -entre otros- en la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Observaciones Finales a informes periódicos nacionales y en Observaciones Generales, incluida en esta última categoría la N° 18 (conf. C.S.J.N., T. 205.XLIV, 31/03/2009, "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro", voto de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, consid. 4 y 7).-

Las consideraciones que anteceden llevan a sostener que, por reenvío expreso de la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, resulta aplicable al presente caso el art. 5.c) del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no haya sido ratificado por la República Argentina.-

VIII) Sin perjuicio de que la declaración testifical del actor constituya el ejercicio de un deber de jerarquía constitucional y legal, esa comunicación de información veraz al órgano jurisdiccional implica al mismo tiempo el ejercicio de un derecho humano fundamental del trabajador represaliado.-

En efecto, el art. 33 de la Constitución Nacional dispone:

"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".-

En ese marco, cabe incluir el derecho de "todos los habitantes de la Nación", entre ellos naturalmente los trabajadores, a la comunicación de información veraz a los jueces o tribunales, en calidad de testigos, salvo las razonables exclusiones consagradas en las normas procesales, dentro de la categoría de los derechos constitucionales no enumerados a los que alude el art. 33 de nuestra Carta Magna.-

El actor también resulta tutelado por la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pues en el marco de su art. 13 está comprendido el derecho de toda persona “a la libertad de...difundir informaciones...de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”.-

Esta norma debe ser interpretada de manera amplia de modo que dicha hermenéutica se apoye, no sólo en su texto literal, sino también en su espíritu, teniendo en cuenta especialmente que el art. 29.c) del citado ordenamiento jurídico internacional dispone que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa del gobierno...”.-

La libertad de expresión -en cuyo marco encuadra el derecho a difundir informaciones, según el art. 13 de la CADH- es uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, y siendo un derecho que corresponde a todos no cabe restringirlo a los periodistas o al ejercicio de la profesión periodística, pues tal derecho lo tienen todas las personas y no sólo los periodistas a través de los medios masivos de comunicación (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/05/2008, Caso Kimel vs. Argentina, voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, párr. 5).- Según el art. 4 de la Carta Democrática Interamericana, entre los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, se encuentra el respeto por la libertad de expresión.-

A su vez, para la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“...La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática...”.-

“...Toda persona tiene el derecho a...difundir información libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para...impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.-

Como señala el Tribunal Constitucional de España, el bien jurídico tutelado por la libertad de difundir información veraz no desaparece por el mero hecho de que la comunicación se produzca ante el juez o tribunal y en el contexto de un proceso o actuación judicial (conf. STC 197/1998, de 13/10/1998).-

Este derecho también está amparado por otros pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, párr. 2º, C.N.).-

Así, el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.-

El art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente que “...Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de...difundir informaciones...de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”.-

En síntesis, el despido del actor como represalia ante su declaración testimonial también es discriminatorio al constituir un castigo por el ejercicio de otro derecho humano fundamental.-

IX) Corresponde elucidar ahora si resulta fundada la pretensión de nulidad del despido articulada por el actor en el escrito de inicio.-

La jueza a quo rechaza esa pretensión con los siguientes argumentos:

“...el sistema de la ley 22.250 desconoce el sistema de estabilidad relativo impropio que rige en la Ley de Contrato de Trabajo. En el régimen de la ley 22.250, el contrato está sujeto a no extenderse en el tiempo y como tal pasible de ser interrumpido por las partes en cualquier momento, lo cual implica que en el sistema regulado por dicha norma legal no existe expectativa de permanencia y continuidad del vínculo, y que la extinción aun incausada de la relación decidida por cualquiera de las partes no reconoce cercenamiento de derecho alguno legalmente protegido (Jorge J. Sappia, “El estatuto de los Trabajadores de la Construcción” en RDL 2004-1, p. 99 y sgtes.)...”

“...si cualquiera de las partes puede extinguir el contrato de trabajo, si el régimen de la ley 22.250 no contempla ni protege el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo entendiéndose la misma como la permanencia jurídicamente garantizada, si la extinción aun sin causa dispuesta por el empleador no constituye un acto ilícito, corresponde concluir que la pretensión de la actora tendiente a lograr la nulidad del despido y por ende la reincorporación en el puesto de trabajo resulta improcedente en el ámbito del Estatuto de la Construcción...” (ver fs. 125, último párrafo y fs. 126, 2º párrafo).-

Disiento respetuosamente de la tesis sustentada por la Dra. Ferdman, por las siguientes razones.- El despido del actor dispuesto por la demandada sin expresión de causa es un acto lícito en tanto se ajusta a las directivas de las normas pertinentes de la ley 22.250.-

Sin embargo, y como sostengo en el considerando IV) de este voto, la licitud de aquella decisión empresarial desde una perspectiva legal no descarta que la misma constituya una ilicitud constitucional, ilicitud muy grave pues compromete el derecho fundamental del actor a la no discriminación, no sólo de fuente constitucional, sino integrante del ius cogens.- No parece jurídicamente consistente dejar impune una conducta empresarial violatoria de un derecho del trabajador amparado por el ius cogens con la sola invocación de una norma legal consagratoria del derecho empresarial a despedir lícita y válidamente, porque ello comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.- Con la lucidez que lo distingue, y frente a la visión del despido como "función" del poder empresarial, Baylos Grau plantea la necesidad de reivindicar el lado oculto de aquella figura, el que hace referencia a los derechos de los

trabajadores. Por eso considera conveniente analizar los límites impuestos a la acción empresarial por las normas de jerarquía constitucional constitutivas del Estado Social y Democrático de Derecho.-

Desde esta perspectiva, la cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura del ciudadano en plenitud de sus derechos, de forma que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por las normas de jerarquía constitucional a todos los ciudadanos, y no sólo aquéllos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio-profesional del trabajador (conf. Antonio Baylos Grau, "Por una (re) politización de la figura del despido", Revista de Derecho Social Nº 12 (octubre-diciembre 2000), Editorial Bomarzo, Albacete, España, p. 11).-

El Tribunal Constitucional de España, hace más de veinte años, en una conocida decisión afirmó de manera tajante que "...la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano...", que "...Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa...legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional..." y que "...Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza..." (STC 88/1985, de 19 de julio).-

El prestigioso tribunal español, con anterioridad al citado precedente, es decir hace casi veinticinco años, había fijado doctrina respecto a la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en caso de resolución del contrato dispuesta por el empleador durante el período de prueba, en los siguientes términos:

"...Así planteado el debate, se suscita el problema relativo a la posibilidad de valorar la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 de la Constitución Española...el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino en confrontación con un precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado. Y atendiendo al mandato constitucional habrá de completarse aquella proposición en el sentido de que la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales".-

"Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el art. 14 de la C.E..." (STC 94/1984, de 16 de octubre; doctrina reiterada en STC 166/1988, de 26 de septiembre).-

Con posterioridad el Tribunal Constitucional de España extendió esta doctrina a casos análogos.-

El hecho de que las decisiones discrecionales o no causales del empleador -incluidas las extintivas de la relación laboral- no precisen ser motivadas no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional o no causal contraria a los derechos fundamentales del trabajador.-

En el ámbito de relaciones de los empleados públicos y la Administración, en los casos de puestos de libre designación en los que la facultad de cese juega como consecuencia de la de libre nombramiento, igualmente procede el examen de si aquélla se ejercita con el fin de limitar, impedir o coaccionar los derechos fundamentales. Para los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales (STC 29/2000, de 31 de enero).-

La cuestión a dilucidar en el presente caso no es si los trabajadores regidos por la ley 22.250 están excluidos del régimen indemnizatorio de la Ley de Contrato de Trabajo, y si esa exclusión basta para desestimar la pretensión del actor, pues ese análisis se limita exclusivamente a la dimensión legal e ignora la relevancia constitucional del derecho a la no discriminación del trabajador y su integración en el ius cogens.-

Desde esta perspectiva, ni siquiera es necesario expedirse acerca de la constitucionalidad de un régimen jurídico como el aplicable a la relación laboral entre el actor y la demandada, pues para resolver esa cuestión constitucional debe determinarse el alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, mientras que el derecho vulnerado por la decisión extintiva de la demandada es el de no discriminación.-

En consecuencia, concluyo que la facultad legal de la demandada de extinguir lícita y válidamente el contrato de trabajo sin necesidad de expresar causa alguna, con el consiguiente cumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 17, párrafo 1º y 2º de la ley 22.250, no obsta a que la decisión rescisoria vulnere el derecho del actor a la no discriminación de jerarquía constitucional e integrante del ius cogens, ilicitud esta última que -como señalé en los considerandos precedentes- ha sido acreditada.-

X) Como sostuve en los precedentes "Parra Vera", "Arecco", "Quispe Quispe" y "Belen":

En caso de despido discriminatorio, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del derecho fundamental vulnerado.-

En esta línea se inscribe el art. 1º de la ley 23.592, cuyo texto reza:

"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".-

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que se "deje sin efecto el acto discriminatorio", lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo.-

De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.-

En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.- Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.-

El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, y desde su incorporación al ius cogens por todos los habitantes del mundo, cualquiera sea su condición personal o profesional, puede ser ejercitado desde luego por los sujetos de las relaciones de trabajo (y por los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquiere un contenido o dimensión laboral sobrevenidos. Se produce así una "impregnación laboral" de un derecho de titularidad general o inespecífico por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados a propósito y en los dominios de un contrato de trabajo.-

En síntesis, estamos en presencia de un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico (cfr. Palomeque- López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación MAPFRE, pronunciada el 11/11/91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral Nº 4 -semana 27 de enero-2 de febrero 1992-, ps. 37/44).-

Ahora bien, el art. 14 bis de nuestra Carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor.-

Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio Nº 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica.-

Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes de la Nación y una tutela constitucional laboral específica.-

La doble protección constitucional se funda en una razón ontológica:

"...14.Sin embargo, las vacilaciones se disipan al advertir que no se trata aquí de dilucidar un mero concepto de derecho civil y laboral, sino de dar pautas para la definición de aspectos decisivos de la noción de trabajo, que es un concepto jurídico constitucional que debe ser siempre forjado a la luz de la prescripción del art. 14 bis de la Carta Magna que le garantiza "en sus diversas formas" la protección de las leyes".-

En este sentido, la Corte Suprema ha determinado que la inteligencia de normas laborales de índole procesal habilita la instancia extraordinaria para determinar cuál de las divergentes interpretaciones en juego resulta de mayor consonancia con el art. 14 bis de la Constitución Nacional (Fallos 307-146, Luna, Juan S. c/Ferrocarriles Argentinos, 5/3/85).-

"15.La relevancia principalísima de la noción constitucional de trabajo se vincula no sólo al art. 14 bis de la Carta Magna, sino con el afianzamiento de la justicia, meta del orden constitucional, según el Preámbulo, que, de conformidad a la doctrina ética mayoritariamente recibida y que emana de las fuentes bíblicas y evangélicas, requiere reconocer en el trabajo una dimensión fundante, intersubjetiva y trascendente de la persona humana, debiendo basarse en él la estructura del ordenamiento jurídico, y no en el simple vínculo aislado del sujeto individual con los objetos materiales de su entorno, que han de subordinarse y servir al evento laboral e integrarse en su marco..." (cfr. C.Fed. La Plata, disidencia del Dr. Leopoldo Schiffrin, 24/4/91, "Leira, Manuel P. L. c/Y.P.F.", J.A., n° 5721, p. 21 y sgtes.).-

El art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente:

"Corresponde al Congreso:..."

"...Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social..."-.

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos: "...Se trata de la justicia en su más alta expresión...", cuyo contenido "...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (cfr. C.S.J.N., 13/99/74, "Bercaitz, Miguel Angel", Fallos 289:430).-

Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: "el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su Preámbulo, es lograr el

bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social" (conf. Fallos: 278:313).-

Asimismo, según la Corte Suprema, "las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar" (Fallos: 293:551 y 556), conjugándose con los valores de "cooperación" y "solidaridad" (C.S.J.N., 3/5/84, "Gutiérrez c/Y.P.F.").-

"El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional", lo que "sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).-

Al decir de Masnatta, la recepción expresa de la justicia social "como norte de las decisiones económicas", habilita la "función transformadora" de la Constitución. A partir de la etapa "post-constitucional" le compete al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitan el desarrollo productivo con justicia social. Constituye, asegura, una "plataforma de lanzamiento" para nuestros legisladores y nuestros jueces (cfr. Masnatta, Héctor, "Interpretación de la Constitución", L.L., diario del 3/10/94).-

Según el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el Congreso, entre otras medidas, deberá:

"...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad..."- Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.-

Entre los destinatarios de las normas que, como medidas de acción positiva debe promover el legislador, obviamente se incluyen los trabajadores.-

El carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, exigido -entre otras normas- por el art. 75, inc. 23, C.N. resulta claramente definido en una sentencia del Tribunal Constitucional de España, en términos que resultan aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.-

"...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación...De todo ello deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales...Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de 'promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas', pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, ya que el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador..." (STC 3/1983 de 25/1, cit. por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, "Estado Social y Derecho del Trabajo", en "Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)", coordinado por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23).-

La exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación del plexo normativo y principista descripto precedentemente, llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa.-

Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, las siguientes argumentaciones.-

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 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).-

Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado (ver en el mismo sentido: mi voto en los casos "Parra Vera", "Arecco", "Quispe Quispe" y "Belen", citados precedentemente.-

Por otra parte, si -como destaca enfáticamente nuestro más Alto Tribunal- la ley 23.592 reglamenta directamente un principio constitucional, la sanción jurídica frente a la vulneración de ese principio es la plena restitución que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la ilicitud constitucional, lo que implica en casos como el presente la nulidad del despido y la readmisión al puesto de trabajo.-

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 Barrantes y otros vs. Panamá, párr. 201 y 202).-

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes (Fallos: 253:267, entre otros).-

El razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley (C.S.J.N., F. 1116.XXXIX, 21/3/2006, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A.", considerando 4º, párr. 1º del voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).-

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite (cfr. C.S.J.N., Fallos: 308:647, cons. 8º y sus citas; cons. 20 del voto del Dr. Carlos S. Fayt, 22/12/94, "Manauta, Juan J. y otros c/Embajada de la Federación Rusa" D.T.I.V. ps. 643/55).-

Esta línea hermenéutica debe ser aplicada al denominado "control de convencionalidad" al que alude nuestro más Alto Tribunal en el caso "Mazzeo", citado en el considerando II de este voto, por reenvío a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 26 de septiembre de 2006 en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile".-

Lo sustancial de este precedente es que 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.- Cabe añadir que, con posterioridad a lo resuelto en "Almonacid Arellano", el tribunal americano ha profundizando este criterio en los siguientes términos:

"...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones..." (conf. CIDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128).-

También constituye criterio hermenéutico del cimero tribunal americano que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (conf. CIDH, 31/08/2004, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr. 178).- En el contexto hermenéutico delineado precedentemente, la nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación del trabajador es la única solución que repara totalmente el daño causado.-

Desde esta perspectiva, la pretensión del actor igualmente procedería por la operatividad y autoaplicación de las normas de jerarquía constitucional e integrantes del ius cogens y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes, aun cuando no existieran normas como la ley 23.592.-

En el mismo sentido, la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo en su declaración titulada "Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global", emitida en abril de 2009 señala en lo pertinente:

"...La operatividad y autoaplicación de las normas internacionales de derechos humanos habilitan al trabajador discriminado a demandar la nulidad del despido discriminatorio y a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, aun cuando no existan normas legales nacionales que regulen específicamente esta situación..."-.

No obsta a la conclusión expuesta el hecho de que el actor haya recibido la libreta prevista en el art. 13 y conscs. de la ley 22.250 con la libre disponibilidad de los aportes pertinentes, pues -dadas las circunstancias del presente caso- ello no implica renuncia alguna al derecho de incoar la nulidad del despido fundado en normas imperativas de jerarquía constitucional e integrantes del ius cogens, máxime que el planteo fue formulado oportunamente (ver doc. de fs. 35 y 36, reconocidos a fs. 66).-

XI) Considero relevante destacar que la nulidad del despido discriminatorio y el consecuente derecho del trabajador a la readmisión en su puesto de trabajo reconoce destacados precedentes en la jurisprudencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (conf. C.N.A.T., Sala II, sent. def. n° 95.075, 25/06/2007, "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A."; Sala V, sent. def. n° 68.536, 14/06/2006, "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.", sent. def. n° 69.131, 21/12/2006, "Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.", sent. def. n° 70.349, 20/12/2007, "Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A." y "Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.", sent. def. n° 70.913, 20/08/2008; Sala VI, sent. def. n° 56.971, 10/03/2004, "Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina

S.R.L.”; Sala VIII, sent. n° 34.673, 30/11/2007, "Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”; Sala IX, sent. def. n° 12.488, 31/05/2005, “Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina S.A.”; Sala X, sent. def. n° 9.679, 20/06/2001, “Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES”).-

En el derecho comparado también encontramos ejemplos de decisiones jurisdiccionales que han declarado la nulidad de despidos discriminatorios. Resulta pertinente referirse, a tal efecto, a los casos de España y Costa Rica.- El Tribunal Constitucional de España muy tempranamente en la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre partió de una noción amplia y extensiva de acto o conducta empresarial discriminatoria, en particular el despido contrario a la libertad sindical.-

El tema central planteado en la STC 38/1981 es el de determinar, extra legem, el "remedio" a adoptar frente a un despido lesivo de la libertad sindical fundamental, si bastaba el sistema común o si correspondía la reparación total del perjuicio mediante la obligada readmisión del trabajador como el Tribunal Constitucional acepta, y con ello la singularidad de la figura y del tratamiento del despido discriminatorio. El tribunal declara que para restablecer a los trabajadores en la integridad de su derecho a la libertad sindical el despido debía ser declarado nulo, con una nulidad "radical" que "comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos".-

La STC 38/1981 se refiere genéricamente al derecho o libertad pública y afirma expresamente que la "nulidad radical" es la sanción que comporta la violación de derechos fundamentales constitucionales.-

La elección del remedio por el Tribunal Constitucional afecta al propio contenido del contrato. Si se entiende que dentro del contenido de cada derecho fundamental se integra el derecho del trabajador de no sufrir por su ejercicio legítimo menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa y que el correspondiente derecho fundamental quedaría perturbado si su ejercicio tuviera consecuencias negativas o produjera perjuicios en el trabajador que lo ejercitase, ello implica que el empresario no podrá ejercer sus facultades organizativas o disciplinarias para coartar, impedir o sancionar el ejercicio legítimo por el trabajador de sus derechos fundamentales, debiendo los órganos judiciales proteger al trabajador frente a los impedimentos o actos de represalia del empresario por el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales que deberán declararse lesivos del derecho fundamental y sin efectos.-

En concreto, y en la posterior STC 4/1987 el Tribunal Constitucional destaca que "cuando se produce la violación de algún derecho fundamental del trabajador no basta la simple declaración judicial de improcedencia del despido, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo" (conf. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", pub. en "El modelo social en la Constitución Española de 1978", Antonio V. Sempere Navarro (Director), Rodrigo Martínez Jiménez (Coordinador), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 2003, Madrid, España, ps. 208 y 209).-

A pesar de que la Ley de Procedimiento Laboral española de 1980 unificara los efectos del despido nulo y del improcedente, en tanto que la no readmisión del trabajador por el empresario resultante de la declaración de nulidad del despido podía ser sustituida por el juez laboral, en el seno del llamado incidente de readmisión, por una indemnización, el Tribunal Constitucional mantuvo su doctrina. Así, dijera lo que dijera la ley laboral, el despido discriminatorio y lesivo de los derechos fundamentales del trabajador sería nulo obligando al empresario a la readmisión sin posibilidad de sustitución por una indemnización (conf. María Dolores Santos Fernández, "El despido discriminatorio en España", pub. en Revista de Derecho Social Latinoamérica, N° 1-2006, Editorial Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, p. 161).- En Costa Rica, la primera sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema que declara la nulidad de un despido discriminatorio es anterior a la existencia de una norma legal concreta en tal sentido (conf. sent. n° 5000-93 del 8/10/1993), decisión que provocó la modificación del Código de Trabajo, cuyo art. 363, sancionado mediante la ley 7.360 de 4/11/1993 reza:

"Prohíbense las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores".-

"Cualquier acto que de ellas se origine es absolutamente nulo e ineficaz y se sancionará, en la forma y en las condiciones señaladas en el Código de Trabajo, sus Leyes supletorias o conexas para la infracción de disposiciones prohibitivas".-

En fecha más reciente, y aunque no se encontraba expresamente previsto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema del país centroamericano anula un despido discriminatorio por motivo de enfermedad (conf. sent. n° 2005-13205, del 27/09/2005).-

Resulta pertinente la transcripción de algunos tramos relevantes de la decisión jurisdiccional precitada: "...el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera causas y el respeto a la dignidad humana son elementos esenciales de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya salvaguarda le corresponde no sólo al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad. En tal sentido, toda clase de discriminación, sin importar que provenga de la Administración o de un particular, resulta violatoria del orden constitucional. En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 (O.I.T.) admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental...todo despido por discriminación implica una lesión...al deber de solidaridad inherente al Estado Social de Derecho y al principio cristiano de justicia social (artículo 74 de la Constitución Política)...".-

XII) El despido discriminatorio padecido por el actor es un acto nulo de objeto prohibido, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la demanda, declarando la nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir al actor en el empleo, dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado (conf. arts. 18, 666 bis, 953, 1044 y concs., C. Civ.; 1º, ley 23.592; y 37, C.P.C.C.N.).-

Propongo, además, condenar a la demandada al pago de una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación, la que será calculada por la perito contadora en la etapa de ejecución, previa compulsa de los libros y demás documentación laboral y contable de la demandada.-

Los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (art. 1.050, C. Civ.); de allí que -como postulo en el párrafo anterior- los salarios deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato, en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que el actor puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. art. 103, L.C.T. -t.o.-), tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el art. 505, inc. 1º, C. Civ., sin que la demandada haya alegado, ni tampoco probado, el desempeño del actor en otra actividad incompatible con la cumplida para ella.-

Salvo lo dicho precedentemente en materia de salarios caídos, no considero fundada la reclamación genérica de una "indemnización por los daños y perjuicios padecidos", pues el actor no enuncia ni siquiera mínimamente las pautas objetivas que permitan precisar ese reclamo, sin que pueda ser suplida esa omisión alegatoria por la actividad oficiosa del tribunal, so pena de vulnerar el principio procesal de congruencia.-

Cabe advertir que ni siquiera precisa que el indeterminado cutro de maras incluya la reparación del daño moral, en cuyo caso sería viable la pretensión, pues como sostiene una doctrina jurisprudencial que comparto en los supuestos de discriminación el daño precitado surge "in re ipsa" sin necesidad de mayores pruebas (conf. C.N. Civ., Sala H, 7/04/2009, "M., M. J. C/Citibank N.A.", voto del Dr. Kiper al que adhiere el Dr. Giardulli).-

Pero -insisto- la ausencia de una mínima alegación impide expedirse acerca de la fundabilidad de una condena por la reparación del daño moral (conf. arts. 18, C.N.; 34, inc. 4º, 271 y 277, C.P.C.C.N. y 155, L.O.)

XIII) Por todo lo hasta aquí expuesto, sugiero revocar la sentencia de grado, hacer lugar a la demanda interpuesta por Víctor César Lescano contra Ingeplam S.A., declarando la nulidad del despido dispuesto por esta última, y condenando a la demandada a readmitir al actor, dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado, y a abonar dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que practicará la perito contadora en la etapa de ejecución equivalente a las remuneraciones devengadas desde el 17 de septiembre de 2007 hasta la efectiva reincorporación. Los referidos importes devengarán intereses desde la fecha de su exigibilidad y hasta el efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (C.N.A.T. Acta 2357 del 7.05.02 ref. por Res. 8 del 30.05.02).-

XIV) En virtud de lo dispuesto en el art. 279, C.P.C.C.N., corresponde dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios. Sugiero imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (conf. art. 68, C.P.C.C.N.) y diferir la regulación de honorarios para el momento en que esté determinado definitivamente el monto de condena.-

La doctora Estela M. Ferreirós dijo:

Adhiero al voto del Dr. Zas, mas no puedo dejar de entrar en la consideración del tema que obra en el entramado de las actuaciones habida cuenta de la disidencia planteada.-

Comparto el extenso e ilustrado voto del Dr. Zas que ubica el tipo de despido como represalia y en el plano del derecho de máximo nivel.-

No dudo de la protección del dependiente de la construcción, en razón de que separarlo de lo que es el régimen general protectorio en su real dimensión, sería excluirlo arbitrariamente del Derecho del Trabajo.-

Por otra parte, entiendo que exigir una prueba tajante de discriminación, por parte del trabajador, es incurrir en una antigüedad propia de la derogada ley 25.013, cuando en la actualidad son otros los cartabones que conducen a sistemas modernos.-

Tengo para mí, que estamos en presencia de un despido fraudulento, que utiliza como norma de cobertura el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, pero que, en rigor de verdad, no utiliza para aparentar un despido sin causa, cuando es, a todas luces, un despido con causa ilícita (o como dice el Dr. Zas, un despido represalia).-

Recientemente he tenido ocasión de abordar el tema señalando que "... Para hablar del despido hay que comenzar por señalar que el contrato de trabajo, como contrato que es al fin, da lugar a una serie de efectos, encontrándose, entre ellos, la estabilidad.-

La estabilidad en el empleo, dice Grisolia, es el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea a plazo determinado o indeterminado.-

Fernández Madrid cita diversos autores, para concluir señalando que hay verdadera estabilidad cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se le reconozca al trabajador la posibilidad de ser reincorporado.-

La mayoría de los autores, como los precedentemente citados, suelen hacer referencia a diversos grados de intensidad de la protección que brinda al trabajador la estabilidad.-

Así, se suele hacer referencia a la estabilidad propia y la impropia, no sin que otros autores hayan dejado de señalar que sin una reincorporación real, se despoja al contrato de trabajo de algo que le es esencial. El derecho a trabajar, señala De la Fuente, no se agota con la percepción de las remuneraciones. Es fundamental que el trabajador pueda concretar la prestación de sus servicios, como forma insustituible de realizarse socialmente y de desarrollar su personalidad; derecho que trasciende al mero interés individual, ya que una ociosidad deliberada es incompatible con el concepto de Derecho

social, basado en la dignidad personal y moral del trabajador.-

De la Fuente sostuvo en la misma obra, que el art. 78 de la L.C.T. receptó expresamente la obligación del empleador, de garantizar al trabajador, ocupación efectiva.-

De allí en más, es bueno recordar que la Constitución Nacional protege al trabajador contra el despido arbitrario y que por “arbitrario” se entiende todo acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado por la sola voluntad o capricho.-

Seguramente por esa razón, el legislador laboral comprendió que el despido arbitrario debía ser sancionado y estableció una sanción para el despido sin justa causa en el art. 245 de la L.C.T.-

De tal manera, el acto ilícito que configura el despido, cuando carece de justa causa, fue expresamente contemplado en la norma citada, que impone una indemnización tarifada, en los términos cuantitativos conocidos por todos y con el complemento interpretativo que le adicionara “Vizzoti”.-

El empleador no es responsable, ni lleva a cabo un ilícito contractual, cuando despide con causa justa; empero, sí se produce tal situación cuando su acto extintivo no está edificado sobre la base de una causa justa y allí es donde se previó la sanción indicada.-

Tal es la situación, en razón de que todo acto extintivo –en este caso, el despido- genera obligaciones, ya sea de hacer, de dar o de no hacer, y no hay obligación sin causa, tal como lo enuncia el art. 499 del Cód. Civil. Es que el legislador laboral no ha podido abstenerse en el tema de la causa de acudir a los principios del Derecho común.-

Así, el despido decidido por el empleador con justa causa no es arbitrario y no le trae consecuencia sancionatoria alguna, pero el despido sin justa causa, es una forma de despido arbitrario, que tanto viola el art. 19 de la Const. Nacional produciendo un daño a otro y, ya infraconstitucionalmente, viola el art. 90 de la L.C.T., que señala como principio general que: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado...”.-

Sólo un incumplimiento severo contractual del trabajador (la injuria grave) puede permitir, legalmente, la rescisión del contrato de trabajo por parte del empleador.-

En esencia éste es el concepto de rescisión, referida siempre a la extinción de los efectos de actos jurídicos de tracto sucesivo, ya sea en razón de un acuerdo de partes, que no es nuestro caso, o porque una de ellas lo decide por estar autorizada por la ley a hacerlo, por el incumplimiento de la otra.-

De no existir tal incumplimiento, que cuando nace del trabajador autoriza a rescindir al empleador y cuando nace del empleador, autoriza a rescindir al trabajador (despidos directo e indirecto, respectivamente), extinguir el contrato, sin “justa causa”, deviene arbitrario. Cuando la ley alude a la “justa causa”, está referida quien toma la decisión y, de tal manera, injuria a quien debe soportarla sin razón.-

Empero, no es este el único caso de despido arbitrario porque también es contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, como hemos dicho, el despido discriminatorio, es decir, aquél cuya causa es la discriminación hostil.-

Ello, entendiendo por discriminación ilícita, aquella que pretende hacerle cambiar a otro aquello que no puede cambiar, como su color de piel, o que no tiene por qué cambiar, como su fe religiosa o su idea política.-

Para el supuesto de despido discriminatorio, la legislación y la jurisprudencia han sufrido sus vaivenes, ya que se sancionó y derogó aquél vergonzante art. 11 de la ley 25.013, que obligaba al trabajador a probar la discriminación y además sólo le reconocía un recargo indemnizatorio, para pasar luego a una ley general como es la ley 23.592, acerca de la cual algunos han llegado a sostener que era de acceso prohibido para la protección de los trabajadores. En la actualidad, ya hay consenso en que dicha norma es aplicable al Derecho del trabajo y, en cuanto al despido como acto de discriminación establece, como respecto de los demás actos discriminatorios en general, que ante el impedimento, la obstrucción o la restricción, o cuando de algún modo se menoscabe el ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, a pedido del damnificado se dejará sin efecto el acto discriminatorio o se hará cesar en su realización, debiendo a la vez reparar moral y materialmente a la víctima.-

En el caso, nos encontramos, si pretendemos ubicar esta ley, en la clásica clasificación de leyes agrupadas desde el punto de vista de su sanción, ante una ley pluscuamperfecta o más que perfecta, señalada así por los autores, en razón de que ante la transgresión legal, impone la nulidad, juntamente con otro tipo de sanción que en este supuesto es pecuniaria. Al nulificar el acto extintivo, el legislador mantiene con vida el contrato de trabajo, como si nada hubiese ocurrido, e impone, de suyo, la reinstalación en el puesto de trabajo, con más los daños del caso.-

Es lógico que así sea, puesto que no cuadra al caso la sanción del art. 245 de la L.C.T., ya que no nos encontramos ante un despido con causa discriminatoria.-

En suma, es un despido con causa ilícita que, en el contexto del Derecho común, está contemplada en el art. 502 del Cód. Civil y allí se señala que, en el caso, la obligación que se genera es de ningún efecto o, lo que es lo mismo, que el acto no produce efectos.-

Sin embargo, bueno es recordar que el despido discriminatorio no es el único de causa ilícita y que puede haber otros que de idéntica manera se vean privados también de sus efectos por igual motivo. Se trata siempre de despidos arbitrarios, pero no ya de despidos sin justa causa, sino propiamente de causa ilícita.-

Estos quedan, a la vez, aprehendidos por el art. 18 del Cód. Civil, cuando reza: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.-

Resulta útil memorar que las leyes pueden prohibir una conducta por considerarla reprobable, o, como señala Lavallo Cobo, imponer una forma positiva de actuar frente a una situación determinada. En ambos casos, la norma, para ser tal, debe poseer una sanción prevista para el supuesto de que sea violada. Esa sanción puede establecerse en forma específica, caso por caso, o, en forma general, para toda una especie de situaciones.-

Este art. 18 impone genéricamente una sanción de nulidad para todas las transgresiones de normas prohibitivas, referentes a los actos jurídicos, dejando a salvo los casos de excepción, en los que la ley establezca una sanción específica distinta. La nulidad priva al acto de sus efectos propios, en virtud de causas existentes al momento de su celebración y, por ello, si

al celebrarse un acto jurídico se han transgredido expresas disposiciones legales, el acto no debe producir el efecto querido.-

Esta sanción de nulidad, por otra parte, no empeece las que pudieran suscitarse por la ilicitud del acto y el texto de la ley que señala que los actos prohibidos por la ley son de ningún valor si la ley no designa otro efecto. La jurisprudencia ha entendido que se refiere concretamente a que acrecen de valor como pretendidos actos jurídicos (en nuestro caso, el despido), pero que dejan abierta la vía para la acción que como actos ilícitos pudiera caberles.-

Un ejemplo claro de estas situaciones se ha advertido en los últimos tiempos con la reforma introducida en el art. 66 de la L.C.T.-

Cuando la ley en un segundo y nuevo párrafo expresa que, ante la posibilidad del uso abusivo de ius variandi, al trabajador le asiste la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas, agrega también que en ese supuesto la acción se sustanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección y hasta que recaiga sentencia definitiva.-

Es obvio que la tétesis de la norma es proveer al trabajador de un paraguas protectorio de su puesto de trabajo en las condiciones dadas, mientras se discute si la utilización de la facultad de modificar las formas y modalidades de trabajo que ha introducido el empleador implica o no un uso abusivo del ius variandi.-

Hemos visto con frecuencia, últimamente, que ante la intimación telegráfica del dependiente, el empleador lo despide, no permitiendo la vigencia del segundo párrafo de la ley; y también hemos leído algún fallo que dispone que no rige el amparo del segundo párrafo, porque ya no hay contrato de trabajo.-

Bien, el despido producido ante la intimación, con el claro objeto de impedir la vigencia del texto legal que impone tal protección, es un despido ilícito y no un despido sin justa causa; más aún, lo es, cuando se haya efectivizado la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.-

Es que al no ser despido sin justa causa, sino despido con causa ilícita, aprehendido por el art. 18 del Cód. Civil, no es ésa la sanción que le corresponde y aún suponiendo que se creyera que así es, no puede tener eficacia jurídica como acto jurídico en sí y en los términos del art. 944 del mismo Código. De aquí en más corresponde cuestionarse cuál es la sanción para los despidos con causa ilícita, es decir contrarios a la ley y sin una sanción específica.- La respuesta es sencilla. El propio art. 18 del Código Civil, en concordancia con el art. 502 del mismo cuerpo marca la nulidad.-

En tal sentido, cuando el despido se convierte en un acto con causa ilícita, pierde total eficacia en el mundo jurídico, cesa en sus efectos, y el contrato de trabajo sigue su curso vital, que si se ha interrumpido, deviene necesariamente en la reinstalación.-

Finalmente, es bueno recordar que en estos casos no se hace necesaria la prueba del nexo causal como elemento de la responsabilidad, ya que el tema de la conexión causal consiste en determinar, conforme a la ley, cuándo o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona y a su actuar.-

Según nuestra ley, hay conexión causal entre un acto y un resultado, cuando ese acto ha contribuido de hecho a producir un resultado; es decir, ha sido una de las condiciones sine qua non de él y además podía normalmente producirse, de acuerdo con el orden natural u ordinario de las cosas (art. 901, Cód. Civil). No hay conexión causal cuando resulta indiferente, según la experiencia de la vida, para ese daño.-

Así, el despido inmediato a la intimación, aparece como el resultado natural y ordinario del art. 901.-

En esta concepción del nexo causal, reseñada también de manera clarísima por Orgaz, sólo circunstancias extraordinarias o imprevisibles podrían convencer de la indiferencia. Tengo así para mí, la idea de que se avecina una nueva concepción del despido.-

Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”, posee consideraciones no sólo abarcativas del caso particular y concreto, sino que abre una puerta interpretativa de no poca importancia para todos los temas laborales y, obviamente, también para la consideración del tema del despido.-

Así, se señala que al incorporarse a la OIT libremente, todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia y se han comprometido a esforzarse para lograr los objetivos generales de la organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas todos los miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, 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.-

De tal manera que es fácil avizorar una nueva concepción del derecho a trabajar que, según los tratados internacionales y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, incluye el derecho a mantener el puesto de trabajo, enfocada desde la óptica de mayor prevalencia de la conservación del puesto, que de la reparación pecuniaria por su pérdida.- Al mismo tiempo, la crisis mundial que se está instalando acompaña esta orientación cuidadosa del puesto de trabajo, habida cuenta el temor fundado de un avance de la desocupación en el mundo y, tal vez, en la Argentina.- A esta altura se hace necesario destacar, a la luz de lo expuesto, que el despido puede ser un acto decidido legítimamente por el empleador, es decir, con justa causa, cuando el trabajador ha incumplido sus obligaciones emergentes del contrato de trabajo, injuriándole, de manera tal que se ha hecho imposible la prosecución de la relación laboral.- Más allá de los parámetros que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para tal supuesto, cumplidos los mismos, en la consideración de cada caso, se habrá configurado una justa causa de despido y, consecuentemente, no ha producido daño alguno al trabajador.-

En cambio, cuando el despido se produce sin justa causa, resulta arbitrario y produce un daño que la ley presume iuris et de iure.-

En ese caso, el despido es un acto ilícito contractual, ya que reúne los cuatro elementos para su configuración.- En ese sentido, el art. 898 del Cód Civil enseña que: “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”.-

Es decir, que actos lícitos son los que contradicen el ordenamiento, que son ejercidos en el ámbito de la libertad del individuo.-

Al respecto, debe tenerse en cuenta que constituye un principio fundamental del Derecho, la idea según la cual es permitido todo aquello que no está prohibido y todo lo que está prohibido no lo está necesariamente expuesto en un catálogo, sino que resulta suficiente que el legislador lo haya sancionado, porque la sanción es una consecuencia de la prohibición y no podría sancionarse lo permitido. En cambio, en materia de hechos ilícitos, el Código Civil, posee una metodología que provee a su conceptualización, en el Título VIII de la misma Sección II, arts. 1066 y 1067, con el lujoso aditamento de la nota del jurista a ese Título VIII.-

De tal manera, los actos ilícitos son acciones u omisiones prohibidas por la ley, sin que sea suficiente la mera antijuridicidad.-

Así, es antijurídica la conducta transgresora de una norma jurídica que prohíbe dañar y, como se desprende del art. 1066 del Código Civil y como lo ha interpretado la doctrina uniformemente, existe conducta antijurídica siempre que el sujeto viole una norma prohibitiva de dañar, tanto específica como genérica, causando un daño a otro sin justificación. Regla esta que se desprende del precepto constitucional “alterum non laedere”; se conjugan así el art. 19 del Cód. Civil y el consecuente ar. 1109 del mismo cuerpo legal. Operando, en esta legislación, por predicar de la conducta y no del daño.-

Es que existe una autonomía de la antijuridicidad, con respecto a la voluntariedad y la culpa, porque es presupuesto autónomo de la antijuridicidad la prohibición de daños a otro; lo que ocurre es que para que esa conducta antijurídica conlleve el deber de reparar debe ser atribuible al sujeto, más allá de su culpa o no en el daño.-

Surgen así los factores de atribución ya sean subjetivos como la culpa o el dolo u objetivos, como el riesgo, la garantía, la equidad, el abuso de derecho y el exceso de la normal tolerancia.-

El otro elemento a considerar que surge de los arts. 1066 y 1067, es otro de los supuestos de responsabilidad.-

El nexo causal, tan estudiado por nuestra doctrina, vincula la persona dañosa con la mensura del daño en el momento de la reparación; empero, habrá que tener en cuenta que el art. 901 y siguientes del Cód. Civil, puede tornar innecesaria su prueba.-

De manera tal que el despido arbitrario es, en los términos expuestos, un hecho ilícito requiere reparación.-

El mismo nace de una causa ilícita porque es contraria a las leyes y al orden público, caso en el cual, dice la ley en el art. 502, es de ningún efecto.-

A ello se suman el art. 18 del Cód. Civil, tal como lo expuse en la investigación, ya que si el art. 245 es, como éste expresa, sólo aplicable al despido sin causa, en la L.C.T. se deja librado al Derecho común, el efecto y reparación del despido ilícito, en cuanto a que, si la ley no designó otro efecto para el acto prohibido, es de ningún valor, sólo que si está previsto en la L.C.T. la solución que se aplique no puede significar la nulidad desnuda, porque ello significaría un perjuicio para el trabajador, y el principio protectorio lo impide. De tal manera, como el Derecho del trabajo es una disciplina relativamente autónoma, en materia de hechos ilícitos debe volverse al Derecho común, ya que se trata de un vacío que el legislador puede haber dejado expresamente para producir la remisión o no; empero, lo cierto es que lo dejó.- Aparecen así, tal como lo estableció el propio legislador en los actos discriminatorios, que una especie de los actos ilícitos: la reparación “in natura”, y la reparación con un sucedáneo.-

La primera es la reinstalación en el cargo, si el trabajador lo desea, y la segunda, la indemnización de daños y perjuicios.- En el caso del despido sin justa causa, el legislador sólo previó la segunda, pero siendo el despido ilícito mucho más grave, estamos, como ya dije, ante una situación que requiere normativa más que perfecta, como en el caso de la discriminación, evidentemente comprendida cuando se sancionó la ley 23.592.-

En suma, el despido de causa ilícita corresponde, a elección de la víctima, que es el trabajador, reincorporarse o no a la empresa; ello más allá de la reparación del daño material y moral.-

Entiendo que los jueces no pueden encontrar más que asenso en la ley para proceder así, ya que cuando se intentó sostener que no se puede obligar al empleador a cumplir una obligación de hacer de este tipo, se omitió considerar que no estamos en presencia de una obligación de hacer, sino de dar ocupación y que aún cuando lo fuere, que, reitero, no lo es, tampoco habría impedimento legal alguno, ya que el art. 629 del Cód. Civil permite en materia de obligaciones hacer que el deudor pueda exigir inclusive la ejecución formada de la obligación con la única excepción de que fuere necesaria violencia.-

Por otra parte, el art. 631 dice que el deudor, que en este caso, es el que debe dar ocupación, no puede exonerarse del cumplimiento ofreciendo los daños e intereses.-

Concluyo, entonces, que en materia de daños producidos por el despido ilícito y su reparación, ante la falta de completitud del Derecho del trabajo, en el tema corresponde, con motivo de su autonomía relativa, cumplimentar la legislación laboral con la doctrina general del Derecho común y especialmente con la parte que debe aplicarse en materia de hechos ilícitos que deriva del alterum non laedere de la Constitución Nacional. Así lo requiere no sólo el moderno Derecho de daños que no se contrapone con la L.C.T., sino también el escenario mundial que vive una crisis de proporciones angustiantes, donde el empleo es ya no sólo un derecho del hombre trabajador, sino una necesidad social por la que está clamando el mundo entero...” (Estela M. Ferreirós, “Daño producido por el despido y su reparación”, Editorial Hammurabi; capítulo IV, pág. 194 y sgtes.).-

En el caso que nos convoca, la inmediatez que existió entre la declaración como testigo del Sr. Lescano (en un proceso laboral seguido por un tercero contra la aquí demandada) y su despido, es, a lo menos un indicio, de que la sanción obró como represalia por aquél hecho.-

En relación al tema he señalado que los indicios pueden conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar. Los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba.-

Así, es un ejemplo de indicio que un trabajador que se ha opuesto a aceptar una orden injusta sea cambiado de tareas o despedido en un lapso de tiempo inmediato. Ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere (ver trabajo completo). La discriminación como forma de violencia y de agravio a la inherente dignidad humana”, publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Lexis Nexis, enero/2007).- Dice Hernando Devis Echandía en “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo 2, que la voz latina “indicium” es una derivación de “indicere”, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio, en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.- En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquél hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante una operación mental del sujeto que lo valora, es decir el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo. Precisamente se habla de argumentum o signum para referirse al indicio.-

En virtud de ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador, el juez infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que investiga: esa inferencia se conoce como presunción judicial, que es diferente del argumento probatorio que le sirve de causa (ver obra citada, pág. 601).-

Y bien, como consecuencia de la existencia de esos indicios antes indicados corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, denominado así por la doctrina procesal moderna. Este principio se expresa a través de un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba, que hace desplazar el onus probandi del actor al demandado, o viceversa según el caso apartándose de las reglas usuales “para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (ver Sala VII, en “Barbe, José María c/ Metrovías S.A.”, Sent. 36.961 del 17-09-03).-

En el presente caso, estos indicios, fueron, a mi modo de ver, peldaños conducentes a una presunción de discriminación que debió destruir la demandada, lo que no ha logrado. No probó por ningún medio que el despido del actor obedeció a una represalia por haber declarado como testigo.-

Por tanto comparto la propuesta de mi colega preopinante Dr. Zas en el sentido de que debe declararse la nulidad del despido dispuesto y condenar a la demandada a reinstalar al actor, bajo apercibimiento de astreintes.-

Por ello, por mayoría, el Tribunal RESUELVE: I) Revocar la sentencia de grado, hacer lugar a la demanda interpuesta por Víctor César Lescano contra Ingeplam S.A., declarando la nulidad del despido dispuesto por esta última, y condenando a la demandada a readmitir al actor, dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado, y a abonar dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que practicará la perito contadora en la etapa de ejecución equivalente a las remuneraciones devengadas desde el 17 de septiembre de 2007 hasta la efectiva reincorporación. Los referidos importes devengarán intereses desde la fecha de su exigibilidad y hasta el efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (C.N.A.T. Acta 2357 del 7.05.02 ref. por Res. 8 del 30.05.02).; II) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (conf. art. 68, C.P.C.C.N.) y diferir la regulación de honorarios para el momento en que esté determinado definitivamente el monto de condena.-

Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.-/-

Fdo.: OSCAR ZAS - HÉCTOR C. GUIADO - ESTELA M. FERREIRÓS

ANTE MI: SILVIA SUSANA SANTOS, Secretaria

Citar: elDial - AA571B

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-