

**Nuevos alcances del derecho a la igualdad.
A propósito de la reincorporación de trabajadores discriminados
por estado de salud y por su actividad gremial***

Oscar Raúl Puccinelli**

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Distinción y discriminación
 - 1.2. La interdicción de la discriminación en los planos internacional y nacional
 2. Las discriminaciones fundadas en la «opinión política o gremial» en el ámbito laboral
 - 2.1. Jurisprudencia que ordena la reincorporación de un trabajador por despido fundado en su actividad gremial
 3. La discriminación por estado de salud en el ámbito laboral
 - 3.1. Jurisprudencia
 - 3.1.1. Discriminación y reincorporación por motivos de salud
 4. Conclusiones
- Bibliografía

* Ponencia presentada al X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, llevado a cabo en Lima, del 16 al 19 de septiembre de 2009.

** Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires) y Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional y Transnacional en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Rosario. Juez de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

1. Introducción

El «derecho antidiscriminatorio» ha dado en los últimos años saltos cuantitativos y cualitativos remarcables. El afianzamiento de la democracia —en líneas generales— y el desarrollo progresivo de los derechos humanos en el continente americano ha contribuido enormemente a ello.

Un claro ejemplo de ello lo constituye la limitación del principio del *employment at will*, claramente vigente en el derecho norteamericano, y que en definitiva pregonaba la libertad para contratar —y para mantener la vigencia de ese contrato— del modo que mejor le parezca al empleador (ello, aunque no siempre, sin perjuicio del deber de compensar el despido incausado y de la responsabilidad personal por los actos ofensivos en que se pudiera incurrir al contratar o despedir).

La última década del siglo pasado y los primeros años de esta nueva centuria marcaron una decidida evolución, en el derecho argentino, de la protección contra despidos «formalmente legales», pero intrínsecamente ilegítimos, por estar fundados en motivos discriminatorios.

Raza, sexo, religión, conducta sexual, opiniones políticas o gremiales, estado de salud, etcétera, han sido parámetros tradicionales bajo los cuales se realizaron conductas discriminatorias en todas las áreas.

El mundo del trabajo, como fenómeno típicamente inscripto en lo intersubjetivo obviamente no ha escapado a tales reprochables conductas, y para ello el derecho laboral ha establecido algunas herramientas concretas, como por ejemplo, vedando el despido mientras se está cursando una enfermedad, en los casos de embarazos, cuando un trabajador cumple un rol representativo de los demás, etcétera. Pero a veces las herramientas provenientes del derecho laboral son insuficientes para evitar que se produzca el fenómeno discriminatorio, y el resto del ordenamiento jurídico —ora de fuente nacional, ora de fuente internacional— aporta para ello.

El objetivo de este trabajo es el de analizar dos casos puntuales en los cuales la judicatura argentina reaccionó frente a despidos discriminatorios, fundados en motivos diferentes (estado de salud y actividad gremial no formal) ordenando concretamente la reincorporación del trabajador e incluso admitiendo el resarcimiento del daño moral proferido. Para ello, previamente haremos una mera descripción del fenómeno discriminatorio y de su marco normativo más saliente.

1.1. Distinción y discriminación

La voz «discriminación» tiene, en el Diccionario de la Real Academia Española, dos acepciones, una neutra y otra valorativa.

En la primera versión significa «separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra» —como es factible observar, la conducta aquí descrita no encierra en sí misma ninguna característica disvaliosa—, mientras que en la segunda, discriminar es «dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.» (Real Academia Española 1970: 484).

Al analizar esta doble perspectiva, Zúñiga Urbina apunta que la doctrina está conforme en aceptar que el empleo común del término «discriminación» constituye un uso «valorativamente neutral»; luego, en especial su sentido prescriptivo o normativo debe ser explícito. Por lo demás, el uso del término «discriminación», en las lenguas española e inglesa, es también neutral. De manera que es en el contexto jurídico-político donde comienza el uso no neutral del término «discriminación», referido a actitudes o medidas «que apuntan a efectuar diferencias irrazonables o no justificadas entre personas».

En este orden de ideas, Rodríguez y Fernández proponen acudir al mundo anglosajón: originariamente, en el idioma inglés, *to discriminate* y *discrimination* tenían una significación de carácter neutro, en el sentido de percibir, notar o hacer una distinción o diferencia entre objetos, distinción hecha ya sea por la mente o por la acción. Fue la jurisprudencia la que introdujo una connotación peyorativa del término, para trazar una distinción entre dos sentidos diferentes de él: el neutro y originario (*discrimination between*) y el nuevo y negativo (*discrimination against*), que hace referencia a una distinción perjudicial injusta, contra un individuo o grupo, en razón de sus caracteres personales. Como dato referencial, valga mencionar que las cortes, incluida la Interamericana de Derechos Humanos (OC 4/84), en general, se han enrolado en el uso del sentido peyorativo (Zúñiga Urbina 1994: 10).

Pese a los problemas de abordaje a que pudiera dar lugar esta doble formulación —neutra y peyorativa—, aparece claro en qué casos nos referimos a un tipo de discriminación y en qué casos nos referimos al otro. En efecto, aludiendo concretamente al segundo supuesto, y conectándolo con el prejuicio, indica Kiper (1998: 33) que «La palabra “discriminar” en su acepción popular, se entiende como «establecer una distinción en favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, mas bien que según sus propios méritos» (Conf. *Random House Dictionary of the English Language*). Por cierto que aunque no aparece imprescindible la remisión a la pertenencia a un grupo determinado, sino que basta una particularidad individual que la motive (el caso de una deformación facial), queda claro que en la segunda versión hay una motivación especial que actúa como disparador para esa conducta lesiva que no se registra en la primera.

Ahora bien: la discriminación es un acto aberrante que vulnera simultáneamente la dignidad humana y otros principios y derechos constitucionales y que por lo tanto merece el máximo reproche del ordenamiento jurídico —en este sentido, es considerado un delito de lesa humanidad por el Estatuto de Roma—. Precisamente, para poder aplicar todo el rigor a quienes realicen, fomenten o consientan este tipo de actos, hay que ser muy cautelosos para diferenciar en qué casos se configura y en qué casos no.

En el sentido de aportar para clarificar esta cuestión, primero cabe alertar que erróneamente suele asimilarse lisa y llanamente «discriminación» con violación a la igualdad. Sin embargo ello, aunque es parcialmente cierto, resulta insuficiente y conduce a resultados no deseados. Efectivamente, el «acto discriminatorio» provoca una violación al principio de igualdad, pero a la inversa, no toda violación a la igualdad genera necesariamente «discriminación», ya que puede haber meras violaciones a la igualdad por vía de conductas —activas u omisivas— que no alcanzan a constituir técnicamente discriminación, aunque de hecho vulneren el ordenamiento jurídico y merezcan ser sancionadas¹.

Es que, en el acto discriminatorio, estarían involucrados: a) la igualdad (por la existencia de desigualación, que no significa mero distingo ni cualquier distinción, sino violación a la igualdad); b) el valor Justicia (por virtud de la caracterización de injusta de la conducta del sujeto activo); c) la dignidad (por el carácter estigmatizante, marcador del acto); d) el derecho a la identidad (el acto se funda en algún

¹ Como simétricamente ocurre con las lesiones a la integridad física, las violaciones a la igualdad son susceptibles de grados, y no todas ellas implican discriminación, puesto que tal caracterización excede el concepto de igualdad, al requerir el compromiso de otros valores. Esto es, en el caso de las lesiones podemos imaginarnos un amplio abanico de posibilidades: robar un cabello, provocar un hematoma con un puñetazo, contagiar a sabiendas una enfermedad grave, o provocar la pérdida de miembros, no tienen ni deben tener la misma respuesta jurídica, y mucho menos cuando esas privaciones están enmarcadas dentro de lo que se considera «tortura.» La reacción del ordenamiento jurídico es y debe ser distinta, puesto que en el primer caso no habrá pena, en el segundo estaremos en el caso de lesiones leves, en el tercero, en el supuesto de lesiones graves, y en el cuarto de lesiones gravísimas, pero solo estaremos ante el caso de «tortura» cuando ese acto tenga otros elementos extra que son especialmente condenados por el ordenamiento jurídico, porque afecta al plexo de valores y afecta indistintamente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional, no solo al Estado donde se cometió el acto.

^Del mismo modo, también las violaciones al derecho a la vida son susceptibles de grados: no es lo mismo el homicidio simple, que el calificado por parentesco, y mucho menos que el «genocidio». La afectación de valores, más allá de la calificación técnica que pueda hacerse, es la que determina la gravedad del hecho en sí. Y ello lo es a tal punto que solo estas violaciones son captadas específicamente por el ordenamiento internacional para calificarlas como crímenes de lesa humanidad y consecuentemente perseguirlas a través de convenciones específicas y hasta sancionarlas penalmente. Esto es, integran el grado máximo de protección solo cuando los actos cometidos constituyen «tortura», «genocidio» o «discriminación» (esta última, en cualquiera de sus formas, por ejemplo, el *apartheid*, que etimológicamente significa 'separación' en *afrikaans*).

eje o criterio que es precisamente la característica de su identidad que mueve a la diferenciación); e) la libertad (la consecuencia del acto es la restricción de la libertad que conllevará general pero no necesariamente a la violación de algún derecho).

Podría decirse, en una primera aproximación descriptiva que discriminación es «toda desigualación injusta y estigmatizante que motivada en algún elemento de la identidad del sujeto pasivo de esa conducta, restrinja de cualquier forma su libertad».

Y en nuestro entender, para que haya discriminación debe verificarse:

- a) la no aceptación —en sus distintos grados de manifestación— de ciertos caracteres constitutivos de la identidad personal del discriminado (ya sea tomando en consideración algún factor constitutivo de la identidad «estática» del sujeto —raza, sexo, nacionalidad, color, etcétera— o la «dinámica» —orientación sexual, artística, profesión, etcétera—), y
- b) la presencia de una acción u omisión que produzca una simultánea afeción sobre los tres principios básicos de los derechos humanos —libertad, dignidad e igualdad, que se proyectan a su vez en «derechos a»—,² lo que, utilizando la terminología seguida por la actual «Ley Antidiscriminatoria» argentina (Ley 23.592 y sus reformas) se traduce como la realización de actos que obstruyen, impiden o restringen de manera arbitraria, el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales. Se genera así un principio de carácter negativo, el de «no discriminación»³.

² La tendencia prácticamente consolidada en la actualidad, como lo indica el autor español PÉREZ LUÑO, es la de reconducir el concepto de «derechos humanos» a la realización de los valores «dignidad humana, libertad e igualdad» (1986: 25). En el derecho argentino, COLAUTTI (1999: cap. VIII) sostuvo: «En el estadio actual del derecho la vida en plenitud presupone la igualdad, la libertad y la dignidad. Estos son los fundamentos básicos sobre los que se construyen la convivencia en sociedad y los ordenamientos jurídicos». Así, los valores dignidad-libertad-igualdad, deben presidir —como señala NOGUEIRA— toda interpretación y aplicación, de manera que cuando esta pauta no fuese respetada sería posible hasta concebir normas constitucionales inconstitucionales —como lo ha confirmado recientemente, apuntamos nosotros, la Corte argentina en el caso «Fayt»— (Nogueira 1994).

³ Para verificar esta afirmación veremos algunos ejemplos de discriminaciones contenidas en los ejes o criterios que revistamos, pero se extiende a cualquier otro supuesto:

* Cuando se discrimina a una mujer por el solo hecho de serlo en el acceso, por ejemplo, a un empleo público que no exija rigor físico y para el que está en idénticas condiciones técnicas que otros postulantes varones, se le está: 1) privando de un derecho que se le concede a otro sin razón alguna (un hombre, en el caso), con lo cual se vulnera el principio-valor igualdad, que como vimos, exige que se trate igualmente a quienes están en igualdad de circunstancias; 2) diciendo que esta mujer «vale menos» que cualquier hombre o «es cualitativamente inferior» a estos, con lo cual está vulnerándose la dignidad; 3) indicando que «las mujeres» (o esta mujer en particular) deben ser consideradas una especie inferior, con lo que se viola la identidad (individual y/o colectiva); 4) consagrando un acto esencialmente injusto, pues no se verifica el «dar a cada uno lo suyo», y 5) vulnerando el

libre ejercicio de ese derecho troncal al trabajo, en definitiva, el ejercicio de una libertad (de trabajar o de no trabajar) en su más amplio sentido. Toda «persecución» (individual o colectiva), estrangula en muchos casos y extermina en otros y en definitiva, a la libertad.

* Cuando se discrimina a una persona impidiéndole ingresar a un local habilitado al público en general (supongamos un restaurante o bar), basando su actitud en el aspecto físico o estado de salud (por ejemplo, alguien estéticamente poco dotado, muy bajo, muy alto, muy gordo, muy flaco, enfermo de SIDA, etcétera), se le está: 1) privando de un derecho que se le concede a otros sin razón alguna (cualquier otra persona a quien no se le impide el ingreso), con lo cual se vulnera el principio-valor igualdad; 2) diciendo que por sus características especiales «vale menos» que otras personas o «es cualitativamente inferior», una suerte de «ente sub humano», con lo cual está vulnerándose la dignidad; 3) indicando que «personas de ese tipo» (o esta persona en particular) deben ser consideradas una especie inferior, con lo que se viola la identidad (individual y/o colectiva); 4) consagrando un acto esencialmente injusto, pues no se verifica el «dar a cada uno lo suyo», y 5) vulnerando el libre ejercicio de esa libertad de acceso a lugares abiertos al público en general.

* Cuando se discrimina a una persona de determinada raza (supongamos un negro, para posicionarnos en la historia norteamericana o sudafricana), privándose del reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica (esto es, se lo reconoce solo a nivel de «cosa», de «mercancía» y no de «persona»), se está: 1) privando de un derecho que se le concede a otra persona que «vale igual» sin razón alguna (un blanco, en el caso), con lo cual se vulnera el principio-valor igualdad; 2) diciendo que los negros «valen menos» o «son cualitativamente inferiores» a los blancos, son una suerte de «sub humanos», con lo cual está vulnerándose la dignidad; 3) indicando que «los negros» deben ser consideradas una especie inferior, con lo que se viola la identidad (en este caso, colectiva); 4) consagrando un acto esencialmente injusto, pues no se verifica el «dar a cada uno lo suyo», y 5) vulnerando el libre ejercicio de ese derecho básico que es condición de ejercicio de los otros, condicionando su vida y obviamente su libertad en los más amplios aspectos (aquí inclusive la física, por encuadrar la conducta descripta dentro del concepto de esclavitud).

— Otros actos injustos (inclusive graves) no constituyen actos discriminatorios, por ejemplo:

* En un homicidio, aunque se vulnera el derecho a la vida y consecuentemente se suprime la libertad, no se viola la igualdad (ello no ocurre por el hecho de dejar vivos a todas las demás personas), puede o no haber ofensa a la dignidad (en el caso de la legítima defensa, no la hay), puede o no ser un acto injusto (no lo es cuando se trata de un caso de legítima defensa), y solo excepcionalmente hay violación a la identidad individual, pues normalmente no se suprime la vida en función de quién es la persona, sino por otras circunstancias ajenas a ello (un robo, un acto pasional, etcétera). El homicidio se entroncará con la discriminación entonces cuando constituya genocidio; persecución a personas porque pertenezcan a determinado partido, etcétera, ya que allí se sumarán la dignidad, la identidad y la igualdad.

* En los atentados, constitutivos de ilícitos penales (como el incendio y otros delitos contra la seguridad común), solo constituirán discriminación cuando se les adicione algunos de los ejes (actuales o futuros) y, consecuentemente se los realice, por ejemplo, por odio religioso. No cabe ninguna duda que los atentados perpetrados en la Argentina contra la Embajada de Israel o contra la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) fueron discriminatorios por la religión o la raza. En idéntico sentido, los atentados a las torres gemelas de la ciudad de Nueva York lo fueron genéricamente por la nacionalidad (norteamericanos). Aquí se agregan las afecciones no presentes en los delitos comunes (que justifican los agravantes de la Ley 23.592), en cuanto a la identidad (individual y colectiva), la dignidad y la igualdad.

* En las lesiones —recordamos— solo algunas tienen tinte discriminatorio. Como dijimos, podemos imaginarnos un amplio abanico de posibilidades: robar un cabello, provocar un hematoma con

1.2. La interdicción de la discriminación en los planos internacional y nacional

Los instrumentos tanto de fuente internacional como nacionales que aluden al goce de los derechos sin discriminación (los que, en definitiva, reconocen el «principio no discriminación») son innumerables y exceden el objetivo de este trabajo.

Baste a este efecto que la discriminación es perseguida con gran énfasis en el plano internacional. Además de la Carta de Naciones Unidas de 1945, que contiene una especial referencia al goce de los derechos sin discriminación, merecen destacarse, como lo indica Morelli

[...] otros instrumentos, algunos sin jerarquía constitucional y otros ni siquiera ratificados por nuestro país. Entre ellos tenemos, entre otros, la Declaración sobre Eliminación de toda forma de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Naciones Unidas, 1981); la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (Unesco, 1978); La Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (Naciones Unidas, 1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (Naciones Unidas, 1975); el Convenio sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (OIT 1978), que protege especialmente contra la discriminación sindical; y desde ya los numerosos Convenios de la OIT sobre el trabajo de mujeres. Especialmente importante es la Convención Relativa a la Lucha contra la Discriminación en la esfera de la enseñanza (Unesco, 1962; ratificado por Ley 11.910), que define la discriminación como «toda distinción, exclusión, limitación o preferencia [...] que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza», (artículo 1), que expresamente prohíbe la institución de establecimientos de enseñanza separados para personas

un puñetazo, contagiar a sabiendas una enfermedad grave, o provocar la pérdida de miembros, no tienen ni deben tener la misma respuesta jurídica, y mucho menos cuando esas privaciones están enmarcadas dentro de lo que se considera «tortura.» La reacción del ordenamiento jurídico es y debe ser distinta, puesto que en el primer caso no habrá pena, en el segundo estaremos en el caso de lesiones leves, en el tercero, en el supuesto de lesiones graves, y en el cuarto de lesiones gravísimas, pero solo estaremos ante el caso de «tortura» cuando ese acto tenga otros elementos extra que son especialmente condenados por el ordenamiento jurídico, porque afecta al plexo de valores y afecta indistintamente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional, no solo al Estado donde se cometió el acto.

¹a afectación de valores —valga también reiterarlo—, más allá de la calificación técnica que pueda hacerse, es la que determina la gravedad del hecho en sí. Y ello lo es a tal punto que solo estas violaciones son captadas específicamente por el ordenamiento internacional para calificarlas como crímenes de lesa humanidad y consecuentemente perseguirlas a través de convenciones específicas y hasta sancionarlas penalmente. Esto es, integran el grado máximo de protección solo cuando los actos cometidos constituyen «tortura», «genocidio» o «discriminación» (esta última, en cualquiera de sus formas, por ejemplo, el *apartheid*).

o grupos; y aclara que no se considerará discriminación la creación de sistemas separados de enseñanza según el sexo, siempre que fueren de igual calidad; ni sistemas especiales de orden religioso o lingüístico siempre que la asistencia a estos establecimientos fuere facultativa; ni la creación de establecimientos de enseñanza privada.

Mencionemos también el Convenio 100 de la OIT (ratificado por Decreto Ley 11.595/56), relativo a la igualdad de remuneración de la mano de obra masculina y femenina, que establece, en primer término, que la expresión «remuneración» abarca tanto el salario a sueldo ordinario, básico y mínimo, como cualquier otro emolumento en dinero o especie pagado por el empleador en concepto del empleo; y que al hablar de «igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor» designa las tasas de remuneración fijadas, teniendo en cuenta la «evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que este entrañe.

Más importante aún es el Convenio 111 de la OIT relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado por Ley 17.677, BO. 19/3/68), que define la discriminación como «cualquier distinción, exclusividad o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación», aclarando que tal concepto incluye el acceso a los medios de formación profesional, la admisión en el empleo, y las condiciones de trabajo (artículo 1). Los artículos siguientes establecen obligaciones de los Estados partes tendientes a asegurar la igualdad de oportunidades y de trato referida (artículos 2 a 5). (Morelli s.a.)

Inclusive esa interdicción normativa internacional de la discriminación se ha reflejado en importantes fallos tanto de las Cortes Europea, Americana y Africana de Derechos Humanos, como de la Corte de La Haya. Al respecto, recuerda Colautti que el vínculo inescindible entre la protección de los derechos humanos y la no discriminación fue reafirmado por la Corte Internacional de Justicia, que ha decidido «que las distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que solo se fundan en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, constituyen una denegación de los derechos humanos fundamentales y una violación flagrante de los principios y propósitos de la Carta» (Opinión Consultiva en el caso «Consecuencias Jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia» - 21 de junio de 1971). La interdicción de la discriminación y la persecución, en sus diversos aspectos, se reitera en numerosas normas de los tratados que tienen jerarquía constitucional. El concepto constituye el corazón mismo del derecho internacional de los derechos humanos» (Colautti 1999).

Dicho esto, resulta innecesario ahondar en la necesidad de prevenir y castigar las discriminaciones, en especial, cuando son —como en los dos supuestos que nos proponemos abordar en este trabajo— encubiertas, donde el derecho debe dar una clara, rápida y contundente respuesta, máxime cuando la conducta segregatoria, además de carecer de base racional, produce gravísimas consecuencias en el afectado (afección a la autoestima, degradación, humillación, pérdida de la fuente de ingresos, de su núcleo de relaciones de contención personal, obra social, jubilación, etcétera)⁴.

2. Las discriminaciones fundadas en la «opinión política o gremial» en el ámbito laboral

Las normas laborales usualmente establecen una serie de privilegios para las personas que ejercen la representación formal de los trabajadores, que tienen como finalidad esencial garantizar el desempeño de su función y la tutela de su puesto de trabajo. En el caso argentino, esa protección emana de la Ley de Asociaciones Sindicales (23.551), que prevé los beneficios mencionados en favor de quienes en definitiva ostentan dicha representación formal, sancionando con nulidad a los despidos de aquellos trabajadores que invisten la representación sindical (artículos 40, 48 y 50).

Pero además de quienes han sido electos para cubrir esos cargos representativos, hay otros trabajadores, que también desarrollan actividades similares, y que usualmente son denominados «activistas» de los derechos de los trabajadores, pero que no encuadran exactamente en la protección legal derivada del derecho del trabajo. Para esos casos, como veremos, la tutela ha surgido del derecho antidiscriminatorio general. A fin de no extender en demasía el trabajo, nos adentraremos directamente al análisis de un reciente fallo de la justicia laboral porteña, el que por su claridad —y por la remisión a muchos otros fallos y a la vasta normativa aplicable— nos exime de mayores comentarios.

⁴ Recuerda al respecto Zuccherino que la División de Derechos Humanos de Nueva York, al analizar la posibilidad de legitimar despidos de enfermos alegando la potencial transmisión del virus del sida, sostuvo que no era aceptable el temor irracional como fundamento para despedir a una persona enferma de sida, en vista de que «es un principio de larga data de los derechos civiles que la preferencia del cliente o compañero de trabajo no constituye una defensa legítima para la discriminación [...]. La discriminación contra personas con sida en el lugar de trabajo no tiene bases legítimas en hechos médicos, y no será tolerada en este Estado». Asimismo, proclamó como regla de oro que «ninguna persona afectada por el sida podrá ser privada de derechos que le serían reconocidos en el caso de no estar enferma. Si esta distinción opera, ella debe ser considerada como discriminatoria e inaceptable por contraproducente con referencia a la doctrina básica de los derechos humanos» (Zuccherino 1992: 14 y 89).

2.1. Jurisprudencia que ordena la reincorporación de un trabajador por despido fundado en su actividad gremial

En «Romero, Silvio Hipólito c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/Juicio Sumarísimo», el 18/11/08, la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó, en voto dividido, la sentencia dictada en primera instancia y que fue motivada por la acción judicial de un ayudante de cocina que demandó por entender que su despido, formalmente realizado «sin causa» (dado que fue enmascarado bajo un supuesto reordenamiento empresarial de la firma demandada), en realidad lo había sido a raíz de su «intención de postularse como candidato a delegado en las elecciones que promovía», por lo que su verdadera motivación era la discriminación hacia su persona por su condición de «activista».

El actor pretendió su reincorporación (como consecuencia de la nulidad del despido que entendía discriminatorio) y el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos. Por su parte, la demandada resistió la pretensión al sostener que el actor: a) no fue delegado gremial y tampoco era candidato a ello pues en su ámbito no se realizaron elecciones de delegados entre 1990 y 2006; b) fue despedido por «reorganización interna del área»; c) tuvo a su disposición la liquidación final, las indemnizaciones y los certificados de ley, y d) no vio afectado ninguno de los derechos contemplados en los artículos 47 de la Ley 23.551 (de asociaciones sindicales) y 1 de la Ley 23.592 (antidiscriminatoria).

La sentencia de segunda instancia, como se adelantó, fue favorable al actor, y en ella se ordenó: a) revocar la sentencia apelada, y ordenar a la demandada que reinstale en su puesto de trabajo al actor bajo apercibimiento de sanciones conminatorias de \$ 120 diarios para el caso de resistencia; b) condenar a la demandada a pagar al actor en concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, conforme las pautas fijadas en los considerandos, y c) imponer las costas del proceso a la demandada.

El voto minoritario, expuesto por el doctor Juan Carlos Morando, propició confirmar el rechazo de la demanda realizado en primera instancia y se fundó en lo que ya expresara en la sentencia 34.039 del 24/4/07, dictada en la causa «Aguirre, Fernando José c. Radiotrónica de Argentina S.A. y otro s. Juicio Sumarísimo»⁵, donde dijo que resulta dudosa la existencia de un régimen de protección paralelo al de la ley de asociaciones sindicales, fundado en la Ley Antidiscriminatoria y que «la ley no protege a los activistas espontáneos, cuya actuación, al margen de sindicatos reconocidos implica el debilitamiento de los poderes que la ley les atribuye y el

⁵ Fallo en extenso: elDial - AA3D0C.

Estado protege. En ese contexto, el activismo extrasindical, desde una perspectiva esquemática, afecta directamente al sindicato, no necesariamente al empleador, que puede, legalmente, ignorarla y hasta complacerse en el debilitamiento de la capacidad negocial de su impuestro interlocutor».

El voto mayoritario, redactado por la doctora Gabriela A. Vázquez (y al que adhirió el doctor Luis Catardo), sostuvo exactamente lo contrario. Entre los fundamentos más relevantes, el voto remarcó la ilicitud que entraña el despido discriminatorio basado en motivos de naturaleza gremial o sindical, es decir, aquel en el que la voluntad resolutoria del empleador exhibe como motivo determinante el ejercicio regular de la libertad sindical por parte del trabajador o, en otras palabras, el despido cuya auténtica causa-fin se emplaza en segregar al empleado por el mero hecho de que ejercita los derechos sindicales con libertad y apego a los principios democráticos.

Se fundó en que nadie podría controvertir con sensatez que se trata de un obrar antijurídico, prohibido por las leyes (artículo 953 del Código Civil) y lesivo de derechos humanos fundamentales, como lo son el de igualdad, el de no ser discriminado y el de libertad sindical, y expresó que esta noción de reproche se emplaza en un nutrido catálogo de normas jurídicas, de fuente nacional e internacional, que ha sido enriquecido por la reforma constitucional argentina de 1994 (artículos 14 bis, 16 y 43 de la Constitución Nacional; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —artículo II—; Declaración Universal de Derechos Humanos —artículo 7—; Convención Americana sobre Derechos Humanos —artículo 24—; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos —artículo 26—; Convenio 87 OIT de 1948, Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación; Convenio 98 OIT de 1949 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva —artículo 1—; Convenio 111 OIT de 1958 sobre la Discriminación —empleo y ocupación—; Ley 23.592 sobre Penalización de Actos Discriminatorios; Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales —artículos 7, 47 y 53—; Ley 25.212 sobre Pacto Federal de Trabajo - Anexo 2, artículo 4 inciso a, entre otros); en fin, un amplio grupo normativo que algunos autores han calificado como demasiado disperso o poco coordinado⁶, pero que sin duda confirma en los textos positivos la vigencia y plenitud de un cúmulo de garantías que abrevan, según mi visión, en el derecho natural que sobrevuela a las leyes y a los tratados escritos.

⁶ CARCAVALLO, Hugo R. «El poder de policía laboral y el Consejo Federal del Trabajo. La competencia, la discriminación, la intimidación y otros aspectos de la Ley 25.212». *Trabajo y Seguridad Social*, 2000, pp. 296-301, en p. 298 y «Las normas antidiscriminatorias y el derecho del trabajo». *Trabajo y Seguridad Social*, N° 4, 2003, pp. 355-373, en p. 356)

Agregó luego que cabía resolver dos controversias troncales:

- a) desde el plano fáctico, si fue acreditado que el despido directo dispuesto por la empleadora implicó un acto de discriminación ilícita fundada en la actividad gremial que el trabajador afirmó desarrollar en los tiempos inmediatamente anteriores a la finalización de la relación laboral, acontecida por despido directo del 6 de setiembre de 2006, y
- b) desde el plano jurídico si, probada la resolución contractual discriminatoria, se ajusta o no al derecho argentino vigente un pronunciamiento jurisdiccional declarativo de la nulidad del despido que conlleve, como efecto accesorio, el de volver las cosas a su estado anterior a través de la orden de reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo.

Luego de adentrarse en la respuesta a ambas cuestiones, evaluó primeramente si había que instalar la cuestión dentro del ámbito de las cargas probatorias dinámicas en los conflictos sobre discriminación ilícita o negativa, sea cual fuere la distinción vedada que haya sido alegada como verdadero motivo del despido —raza, religión, sexo, embarazo, opinión política, razones gremiales, etcétera—.

Y sobre el particular expresó que efectivamente había que instalar la cuestión atinente a la prueba del despido discriminatorio en ese ámbito, pues ordinario no resulta sencillo obtener prueba directa de la ilicitud por razones obvias (el empleador no pregona su subjetividad frente a terceros ajenos a su esfera privada y mucho menos exterioriza en las piezas postales rescisorias la causa real de la ruptura). La doctrina de las cargas probatorias dinámicas (o de prueba compartida), como expresión del deber de cooperación y buena fe procesales, implica asignar el *onus probandi* a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho⁷. Es decir, como lo ha expresado la Corte Suprema, hacer «recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo» (Fallos 324:2689), temperamento que en modo alguno pugna con las bases sobre las que se asienta la directriz genérica del artículo 377 CPCCN, como lo ha venido aceptando de manera unánime la jurisprudencia de todo el país (ver, CSJN, Fallos, 324:2689) e incluso ha sido recogido de modo expreso en códigos procesales locales⁸.

⁷ Conf. PEYRANO, Jorge W. «Doctrina de las cargas probatorias dinámicas», *La Ley*, 1991-B, p. 1034.

⁸ Tal como el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa de 1998, sobre el cual puede consultarse el comentario de Descalzi, José Pablo. «La carga de la prueba en el Código Procesal Civil de La Pampa», en Augusto Morello (director). *Prueba. Cuestiones modernas*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2007, pp. 23-35.

Desde esa perspectiva, se comparte lo razonado sobre el tópico por la Sala V de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el caso «Parra, Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA359C] (Sentencia del 14-6-2006, LL, 2006-D, 217), en cuanto a que basta que el trabajador proporcione un cuadro indiciario que permita la sospecha del acto discriminatorio para que se desplace hacia el empleador la carga de acreditar que su actuación obedeció a causas absolutamente extrañas a la vulneración de los derechos fundamentales ofendidos. Se trata de una regla que, como alguna vez se recordara, fue volcada *expressis verbis*, y hace bastante más de una década, por la Ley de Procedimiento Laboral española de 1990, cuyo artículo 96 dispuso que «en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad» (Sentencia de la CNCivil, sala H, del 4-9-2000, «S., J. O. c. Travel Club S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA5D6], voto del juez Kiper, JA, 2001-II-462, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe y Sentencia del mismo tribunal, del 16-12-2002, en autos «Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA141B], LL, 2003-B, 970, con nota de Eduardo Gregorini Clusellas y DT 2003-A, 364). Es que de este modo, se armoniza adecuadamente el principio asentado en el primer párrafo del artículo 377 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual «incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido», con la dinámica de la «prueba compartida» como respuesta acorde a la superación de las complejidades probatorias que plantean los entuertos sobre discriminación negativa.

Por lo demás, esta perspectiva de análisis se corresponde con la que ha venido recomendando la OIT a través de su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en torno de las previsiones del Convenio 111 sobre Discriminación —empleo y ocupación— de 1958 (Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación), según ideas que se reiteran en el Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: «La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean» (96° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, N° 198, publicada en www.ilo.org). Como lo recordara el juez Simón, en el ya mencionado precedente «Parra» (LL, 2006-D-217), la jurisprudencia emanada de los órganos de la OIT en su ámbito de incumbencia, atinente a la ratio que debe acordarse a los convenios suscriptos en su seno, como lo son el 87 sobre Libertad y Sindical y el 111 sobre Discriminación, tiene implicancia jurídica para nuestro país, por aplicación extensiva de la doctrina de la CSJN de Fallos 318:514 - «Giroldi» y

328:2056 - «Simón, Julio Héctor». En esos precedentes el Máximo Tribunal puso de relieve que cuando el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional alude a las «condiciones de vigencia» de los tratados de derechos humanos allí enumerados, pretende que se interpreten y apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional.

Bajo estos parámetros, dio por acreditado que el despido directo del actor, fue provocado y motivado exclusivamente por el ejercicio de actividades gremiales, en especial porque la demandada no contestó la demanda y no brindó elementos con aptitud para otorgar verosimilitud al despido que exteriorizó como fundado en «cuestiones de reorganización interna del área», y los testigos acreditaron, entre otras cosas, que el actor era un conocido activista entre los compañeros de trabajo y que le habían advertido que «se dejara de hacer cosas raras o lo iban a echar»; que en la empresa no había delegados y que él junto con otros compañeros habían trabajado para lograrlo. Además también había otros indicios, entre ellos: a) el hecho altamente llamativo, de que los hubo varios egresos contemporáneos de personas en similares condiciones; b) la ausencia de representación sindical en el establecimiento del Hipódromo, al menos desde 1990; c) que el actor formaba parte del grupo de trabajadores que instaba la elección de delegados y pretendía presentarse como candidato; d) que se habían repartido volantes, realizado asambleas; presentado petitorio ante el gremio; e) el actor recibía presiones para que detuviera las reclamaciones. Así las cosas, el despido constituyó una represalia con contenidos de discriminación negativa por motivos gremiales debido a que este, junto a otros trabajadores, pretendían la realización de elecciones de delegados en el establecimiento, las que no se habían concretado entre 1990 y 2007, y porque, en ese marco, el actor había publicitado en el ámbito laboral su intención de postularse para cumplir dicha función.

Ya con relación a la nulidad del despido discriminatorio por motivos gremiales, el voto reconoció claramente el derecho del trabajador a ser reinstalado, y expresó que con el marco fáctico acreditado, el reclamante tiene legitimación para requerir tanto la declaración de invalidez del despido, por tratarse de un acto nulo por objeto prohibido (artículos 953 y 1044 del Código Civil), como su reinstalación en el puesto de trabajo (artículo 1050 del Código Civil) y la reparación de los perjuicios causados (artículo 1056 del Código Civil).

Pero además, su pretensión tiene sostén en las previsiones de la Ley 23.592 cuando penaliza a los actos discriminatorios, obligando a sus autores «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», encontrándose entre los motivos por los cuales está prohibido discriminar «ideología, opinión política o gremial».

Además, la aplicación de las previsiones de la Ley 23.592 al universo de las relaciones laborales ha sido admitida por numerosas de las salas que conforman este tribunal en casos atinentes a actos discriminatorios por motivos de orden gremial o sindical, (CNAT, sala IX, 29-10-2007, «Novile, Martín Olivo c. Frávega S.A.», LL Online; sala VI, «Méndez, Héctor Horacio c. Carrefour Argentina S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA41B0] 6/9/07; sala VII, «Ríos, Víctor Daniel c. Massalín Particulares S.A.» 6/9/07; II, 25/6/07; «Álvarez, Maximiliano y Otros c. Cencosud S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA3F49], La Ley 23/8/07, 6; sala V, 21/12/06, «Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA3B71], LL, 2007—C, 390; sala IX, «Greppi, Laura K. c. Telefónica de Argentina S.A.» [Fallo en extenso: elDial - AA2E71], LL, 2005-F, 175; TySS 2005, 884; sala VI, 10/3/04, «Balaguer, Catalina T. c. Pepsico de Argentina SRL» [Fallo en extenso: elDial - AA36B6], LL, 2004-C, 951; DT 2004, junio, p. 775, TySS, 2004, p. 689) y es también es la opinión postulada por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, bien que probada de manera categórica la específica antijuridicidad (Dictamen 25.980 del 12/11/98, en autos «Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino c/ Automóvil Club Argentino», Expediente 35.823/96 del registro de la sala II; Dictamen 40.702 del 28/7/05 en autos «Castillo Agustín Ignacio c/ Bachino S. R. L. s/ Acción de Amparo», y Dictamen 44.043 del 15/5/07, en autos «Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo»).

Advierte luego que existe un debate en doctrina respecto de la procedencia de las reincorporaciones forzadas. Por un lado, favoreciendo la posición de la demandada, por ejemplo, Rodríguez Mancini expresa que, según la sistemática de las fuentes del derecho del trabajo, no sería posible hacer jugar las previsiones de la Ley 23.592 para habilitar la reinstalación del trabajador en el puesto de trabajo, por cuanto la Ley 23.592, norma de derecho común, no puede introducirse de manera subsidiaria ya que:

- 1) El derecho especial (derecho del trabajo) contiene disposiciones expresas sobre prohibición y sanción de discriminación arbitraria (artículos 17, 81, 242 y 245 LCT), es decir, no habría en el ordenamiento especial un vacío normativo que debiera completarse.
- 2) Aun en la hipótesis de vacío normativo, la norma de derecho común (Ley 23.592) no podría aplicarse supletoria o subsidiariamente porque desconoce un principio propio de la disciplina laboral, concretamente, el sistema de estabilidad impropia o relativa según el cual, todo despido dispuesto por el empleador tiene eficacia extintiva, tenga o no justa causa, sea injustificado o arbitrario, con la

salvedad de los despidos de representantes gremiales orgánicos de asociaciones sindicales con personería gremial⁹.

Ahora bien: por un lado, es cierto que desde la sistemática de las fuentes, la norma de derecho común no puede aplicarse al derecho del trabajo cuando este contiene una preceptiva que legisla la misma situación jurídica, es decir, cuando no hay ausencia de previsión legal en la disciplina especial¹⁰. Por el otro, no es discutible que una regla de derecho común no puede aplicarse al derecho del trabajo si existe una incompatibilidad sistémica, es decir, aquella en la que «pese a no existir una preceptiva laboral expresa que regule una situación jurídica, la aplicación de la preceptiva civil se presenta como contraria a los principios generales del derecho del trabajo» (Vázquez 2004: 47). En este último supuesto, los principios operan a la manera de un cedazo, tienen, como se afirmara en doctrina, una función de filtro o tamiz y la regla de derecho común solo cobra eficacia si se ajusta al derecho laboral considerado como un todo¹¹.

No obstante, no existen aquí los apuntados obstáculos, por lo que no corresponde segregar la aplicación del artículo 1 de la Ley 23.592, en confluencia con los artículos 953, 1044, 1050 y 1056 del Código Civil. Ello porque, en primer término la legislación laboral no prevé de modo expreso las consecuencias aplicables a los despidos discriminatorios por motivos gremiales ajenos a la representación sindical orgánica y, en segundo término, el cese del acto de discriminación sindical, alcanzable a través de la declaración de nulidad del despido y la reinstalación del trabajador en el puesto de trabajo, no se contraponen con los principios del derecho del trabajo.

En efecto, maguer la opinión que expresaran en su momento Antonio Vázquez Vialard (s.a.:1-13) y Rodolfo Capón Filas (s.a.: 137 ss.), mayoritariamente se interpreta que, en el marco de la Ley 23.551, la sanción de nulidad se habilita únicamente respecto de los despidos de aquellos trabajadores que invisten la representación sindical según los artículos 40, 48 y 50 de la Ley 23.551. Es decir, la Ley 23.551 no hace tema de la sanción que sería consecuencia del despido por discriminación gremial que afecte a un trabajador que carece de representación sindical orgánica, supuesto este último en el que hay una presunción *iure et de*

⁹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. «Cómo sancionar los despidos discriminatorios» [Doctrina en extenso: elDial - DC9B1] y *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 430-431, en glosa al artículo 245).

¹⁰ Véase LÓPEZ, Justo. «Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo». *Legislación del Trabajo*, XXX-A, pp. 193-211.

¹¹ Véase GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. «Principios del derecho del trabajo e interpretación de normas de derecho común», DT, 1987-A, pp. 698-704; DEMICHELIS, Héctor Blas, «Las relaciones entre el derecho común y el derecho del trabajo». *Derecho del Trabajo*, 1983-A, pp. 785-795.

iure de discriminación por motivo sindical, con la salvedad de la cesación de actividades del establecimiento. En otras palabras, hay vacío legal en esta normativa laboral específica.

Si se acude a la Ley Laboral General, es decir, a la 20.744, se encuentra el artículo 17 que prohíbe la discriminación por motivos gremiales, es decir, la LCT califica la ilicitud. Sin embargo, falta en la LCT la consecuencia que conlleva la comisión de esa ilicitud. Algunos postulan que la sanción a un despido que traduce una ilicitud de esa especie estaría contenida en artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, es decir, se traduciría en el pago de la tarifa, sin perjuicio de un resarcimiento adicional que repararía los agravios morales de quien fue víctima de lesión a la libertad sindical. Ello además, en coherencia sistémica con la respuesta que el ordenamiento legal atribuye a otros casos de despido discriminatorio, como el vinculado al embarazo o a la maternidad, en los que el legislador persiste en la validez del despido y en la extinción del vínculo y solo añade como refuerzo o efecto complementario una indemnización tarifada (artículo 182 LCT). Antes de la sanción de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, esta posición encontraba algún sustento en lo que preveía el artículo 11 de la Ley 25.013, que aquella derogó.

Estas ideas no pueden compartirse en abstracto porque a través de ellas se soslayan aristas relevantes. En efecto, la eficacia extintiva de la resolución del contrato de trabajo sin causa, que es avalada por el artículo 245 LCT, no puede leerse dissociada de su teleología o raíz profunda. Digo esto porque la opción legal de confirmar los efectos meramente indemnizatorios de la resolución contractual (ilícito contractual para algunos o facultad de despedir para otros), constituye un correlato del ejercicio regular del derecho subjetivo de organizar el giro del negocio en confluencia con las garantías constitucionales de propiedad y libertad de contratación. De allí que se haya conceptualizado como inconstitucional, por transgredir esas garantías, la estabilidad absoluta en la relación de empleo privado (Fallos 280:254 y 273:87). Empero, ni el artículo 245 LCT, ni la doctrina de la Corte Federal de los precedentes citados, constituyen un *bill* de indemnidad o una patente para arremeter contra derechos humanos a través de la comisión de un ilícito de diferente naturaleza o superior gravedad en la gradación que la que entraña el incumplimiento contractual o bien, desde la tesis de la licitud del despido injustificado, para ejercer de manera disfuncional dicha facultad, contrariando los fines que el legislador tuvo en mira al reconocerla.

Es decir, o la tarifa mensura únicamente el daño que provoca la ilicitud contractual consistente en interrumpir un vínculo con vocación de permanencia (desde la tesis de la ilicitud) o constituye un condicionante pecuniario para el ejercicio del derecho

de despedir, a la manera de un resarcimiento por daño lícito (tesis de la licitud). Pero de ningún modo podría especularse con que la tarifa legal contiene en su *quantum* algún atisbo o contenido reparador de una discriminación negativa o bien que el artículo 245 LCT otorga permiso para despedir discriminando previo pago de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción no menor de tres meses.

En definitiva, lo que se quiere significar, retornando al hilo conductor que atañe a la cuestión de las fuentes, es que el derecho del trabajo no regula ni contiene preceptivas específicas que prevean las consecuencias del despido discriminatorio por motivos gremiales cuando las víctimas son trabajadores que no ejercen una representación sindical orgánica, es decir, hay un vacío normativo que habilita el ingreso supletorio del derecho común, en el caso, de la Ley 23.592 y de los artículos 1044, 1050 y 1056 del Código Civil.

Corresponde analizar, en segundo término, si la sanción de nulidad que habilita el artículo 1044 del Código Civil, con el efecto de volver las cosas al estado anterior (artículo 1050 Código Civil), mediante la reinstalación del trabajador en su puesto, todo ello con ajuste a las previsiones de la Ley 23.592 (artículo 1), resulta incompatible o se enfrenta de manera sistémica con el derecho del trabajo considerado como un todo. Para ello, debe ponerse la situación a contraluz de los principios que nutren a la disciplina, entre ellos y fundamentalmente el de estabilidad relativa.

En este punto a este interrogante, es decir, el de la compatibilidad del régimen del derecho común con el principio de estabilidad relativa, no pueden darse desde la judicatura respuestas generales destinadas a abarcar a todo el universo de las situaciones posibles de discriminación laboral en la faz extintiva del contrato de trabajo. Tampoco, corresponde a los jueces la función de legislar, ni siquiera cuando, como sucede en el caso y ya lo advertí, no existen normas que resuelvan el tema puntual discutido. La función jurisdiccional se limita a resolver los casos concretos, atendiendo a las circunstancias particulares de cada uno de ellos, a los diferentes intereses en juego, a los bienes jurídicos protegidos, a la factibilidad de cumplimiento, a las condiciones de las personas, del tiempo y del lugar, al impacto que el cumplimiento de la sentencia puede provocar en la comunidad laboral involucrada, a la mayor o menor intensidad de los ingredientes personales involucrados en la relación laboral que sea materia del conflicto, etcétera.

Particularmente en el caso de los despidos discriminatorios por motivos gremiales, no existen *a priori* reparos sistémicos. En primer término, se trata de una consecuencia que está prevista para los despidos discriminatorios por motivos gremiales que padecen los representantes o postulantes de las asociaciones con personería gremial (artículos 40, 48 y 50 LAS). Esto denota que en situaciones análogas intrasistémicas,

cuando están en juego la libertad y la democracia sindicales, el derecho del trabajo reacciona con la nulidad del despido y la consiguiente reinstalación del empleado (artículos 11 LCT y 16 Código Civil). Es cierto que en otros supuestos de despidos discriminatorios (en el caso de embarazo o maternidad) la respuesta legal es la genérica de la validez del despido y el reconocimiento de una indemnización (artículo 182 LCT) que se suma a la del artículo 245 LCT, pero no puede desdeñarse, amén de sus posibles reparos, que en este supuesto particular la ley parecería priorizar más intensamente el derecho subjetivo lesionado que titulariza la mujer gestante o convertida en madre. En cambio, cuando de discriminación gremial se trata, se pone en jaque y se hiere no solamente la libertad sindical del trabajador en sus contenidos individuales, se añade el interés de la comunidad laboral en la que este se encuentra inserto, la que también es dañada en sus intereses colectivos, a través del desmedro de la «organización sindical libre y democrática» (artículo 14 bis. CN), que es también cimiento sobre el que se construye la democracia del sistema político e institucional.

Es decir, aunque en toda prohibición de discriminación negativa está comprometido el interés de la sociedad en su conjunto, porque se aspira a una convivencia plural que arrincone los autoritarismos, en la discriminación por motivos gremiales, el interés público es acaso más patente, porque las repercusiones nocivas de la ilicitud no se detienen más propiamente en el interés individual del trabajador segregado, se expanden al colectivo en el que este desarrolla su labor con natural reflejo en el tejido social. Si alguna duda cupiere, las particulares aristas del conflicto de autos convalida una interpretación finalista que, a pesar de enfrentar una razonable vacilación, opte por una *ratio* que, en la definición de la disputa, se oriente por un pronunciamiento que favorezca la consolidación de los postulados de libertad y democracia sindical.

En síntesis, un pronunciamiento judicial que disponga la reinstalación del trabajador en su puesto, como contrapartida de la nulidad del despido discriminatorio por razones gremiales, todo ello según la Ley 23.592 y los artículos 1044 y 1050 del Código Civil, no es disonante en el caso particular de autos con los principios del derecho del trabajo, específicamente con la regla de la estabilidad relativa. De todos modos, valga aclarar que esta decisión no implica que el actor no pueda ser despedido sin causa en lo sucesivo o que la sentencia confiera al vínculo laboral que liga a las partes rasgos propios de estabilidad absoluta; solo se pretende conjurar la ilicitud descrita, acaecida el 6/9/06, con ajuste a las normas jurídicas que se estimaron aplicables. Como argumento coadyuvante, valga recordar que, a propósito de la temática que nos convoca, se ha expresado que: «Resulta de aplicación a la extinción del contrato de trabajo, la Ley 23.592, pues, lo contrario sería admitir

que una norma general —que se encuentra en consonancia con los tratados internacionales de jerarquía constitucional— rija para todos los sujetos, pero no para los trabajadores, discriminando, sin razón suficiente, a este sector de la población» (CNAT, sala II, 25/6/07; «Álvarez, Maximiliano y Otros c. Cencosud S.A.», *La Ley*, 23/8/07, p. 6, con nota de Jorge Rodríguez Mancini); tesitura que halla correlato en la doctrina del precedente «Aquino» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 327: 3753). Idénticas argumentaciones jurídicas han sido volcadas en el voto de la vocal opinante en autos «Cáceres, Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ juicio sumarísimo» (Sentencia 34.673 del 30/11/07, expediente 23.554/2006, publicada en Derecho del Trabajo online y elDial, AA4428).

Ya con relación al reclamo de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la declaración de nulidad del despido, adicional a la reinstalación del demandante en su puesto de trabajo, la vocal estima, de conformidad con el artículo 165 del CPCCN, que su monto definitivo se debe fijar en el que resulte de restar a la suma de todas las remuneraciones netas que habría correspondido percibir al trabajador en el lapso transcurrido entre el despido y la fecha de su efectivo reingreso; la suma de dinero que percibió en concepto de liquidación final, con exclusión de los salarios percibidos por el período 1/9/06 a 6/9/06 (artículo 1 de la Ley 23.592 y 1056 Código Civil), determinación que se difiere para la etapa de ejecución de sentencia (artículo 132 del ordenamiento laboral). A esa suma se adicionan intereses desde el 6/9/2006 hasta el efectivo pago y a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según la planilla que difunde la Prosecretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT, Acta 2357 y Resolución 8).

3. La discriminación por estado de salud en el ámbito laboral

Excede el motivo de este trabajo el analizar la totalidad de la normativa (laboral y no laboral) que regula los aspectos relacionados con las cuestiones atinentes a salud y trabajo. Ellas han sido extensamente tratadas por la doctrina especializada, y por ello haremos solo un par de referencias al respecto, muy elementales y direccionadas al tema central del fallo que luego comentaremos, y que parte del despido de un trabajador con hepatitis crónica. Y dado que esta enfermedad presenta bastante simetría con los casos de despidos fundados en discriminación por SIDA —toda vez que ambas enfermedades comparten formas de transmisión y algunas de sus consecuencias—, nos referiremos a ambas.

Explican Ermida Uriarte y Espejo que durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo, el empleador es deudor de seguridad, y que al asumir los riesgos de la

empresa y del contrato de trabajo debe evitar que las condiciones de trabajo sean inadecuadas a la condición de enfermo, y contribuir a su contención y rehabilitación. Resaltan además que, en tal sentido, la OIT, al referirse a los drogadictos y alcohólicos, ha sostenido que quienes revelan a sus empleadores que tienen esos inconvenientes, no deberían ser objeto de sanciones por parte del empleador y deberían gozar de la plena seguridad en el empleo y de las oportunidades de traslado y ascenso profesional, excepto en aquellos puestos que exigen un alto grado de seguridad, donde si a pesar de que los esfuerzos han sido infructuosos para mantener en el puesto al enfermo, el empleador debería hacer lo posible para encontrar otro puesto de trabajo, en lugar de proceder a su despido. [...]

Cuando la extinción de la relación se produce por despido, esto es, por iniciativa del empleador o por causa a él imputable, es posible que suponga un acto discriminatorio, simétrico a la negativa de acceso al empleo. En este caso, el despido podría, inclusive, ser considerado abusivo o encajar en la figura del despido de un trabajador enfermo.

La extinción se produciría, en cambio, sin responsabilidad del empleador, cuando el cese se produzca por la incapacidad laboral del trabajador o cuando el despido resulte procedente, de conformidad con la respectiva legislación y práctica jurisprudencial (Ermda Uriarte y Espejo 1995: 617-624).

Por su parte, Rothstein indica que los empleadores que requieran o de cualquier otra manera obtengan la información relativa al estado de salud de un trabajador (y en particular, de su seropositividad) pueden encontrarse en riesgo de incurrir en responsabilidad bajo una variedad de supuestos y teorías legales. Por ejemplo, pueden ser objeto de acciones por invasión de la privacidad por la divulgación impropia de los resultados; por difamación basada en develar resultados exactos o inexactos; por negligencia basada en haber guardado resultados; por informar negligentemente acerca de ellos o no haber tomado los recaudos debidos para que esa información no pudiese llegar a terceros; o por infligir intencionalmente una angustia, provocando hostigamientos o puesta en ridículo por parte de los supervisores, compañeros de trabajo o clientes luego de haberse develado los resultados (Martín-Marchesini 1990: 194).

A fin de demostrar los efectos de la discriminación por estado de salud, utilicemos como hipótesis de trabajo la situación planteada en la película «Filadelfia», cuyo hilo argumental narra la historia de un joven y brillante abogado norteamericano que es despedido por los titulares del prestigioso bufete en el cual trabaja, al enterarse los socios mayoritarios de que aquel es *gay* y enfermo de sida, por virtud

de la exteriorización de las primeras manifestaciones evidentemente asociadas a la enfermedad.

En el caso, al protagonista, luego de varios años de vida normal y ascendente tanto en lo profesional como en lo personal, la enfermedad se le declara, hecho ante el cual los directivos del bufete —para el cual hasta entonces ha trabajado eficazmente— optan por despedirlo, argumentando un error grave en el manejo de un expediente y una baja notoria en la calidad del trabajo, hechos que no son probados en el juicio que luego entabla el afectado.

Para arribar a tal instancia, el protagonista, luego de recorrer ocho firmas legales, da con un abogado negro que lo patrocina y que enjuicia a la empresa por despido ilegal. Funda su demanda en una Ley Federal de Rehabilitación de 1973, que prohíbe despedir a aquellos desaventajados por su carácter de tales, y en el fallo «Arline» de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuya aplicación al caso del SIDA permitiría considerarla como una enfermedad que por sus consecuencias se asimila a una incapacidad.

El abogado gana el pleito en primera instancia (que trascurrió gran parte del tiempo con él internado), y muere inmediatamente después. En virtud del fallo, se logra una indemnización de más de cinco millones de dólares en concepto de daños materiales y morales, sobre la base de un despido arbitrario y discriminatorio.

Lo interesante de este caso es que se trata de un hecho real, en el cual, según lo expuesto en la película, el despido se produjo en un momento en que no había ningún tipo de deterioro físico ni psíquico del enfermo que se pudiera relacionar con el despido ni con ninguna otra medida que pudiera justificar su apartamiento de las funciones que habitualmente desempeñaba, ya que solo se verificaban manchas en su piel —características del sarcoma de Kaposi— y algunas alteraciones de índole fisiológica que lo obligaban a breves ausencias derivadas del tratamiento al que se encontraba sometido.

El despido —en realidad la discriminación— actuó como detonante del marcado deterioro físico del actor y le produjo graves consecuencias personales que en lo económico no fueron tan graves por la posición del demandante (un abogado norteamericano prestigioso), pero que obviamente no sería la misma en el caso de un trabajador argentino.

Por ello, en el caso de trabajadores enfermos la alternativa del despido cuando no hay razón alguna para sostenerlo es exorbitante, especialmente porque sin dudas sus consecuencias no son neutralizadas *by getting cash*.

En este sentido, la opción tomada por el juzgador parece la más acertada y ajustada a la normativa vigente, aunque no debe dejar de considerarse que cuando la relación de trabajo se ha deteriorado, especialmente en las comunidades de trabajo pequeñas, su continuación forzada puede representar —como en las relaciones de familia— todo un problema ulterior que en algunos casos solo podrá ser resuelto por la indemnización civil (adicional a la proveniente de las normativas laborales) derivada del daño material y moral fruto del acto discriminatorio, como ocurrió (no en toda su extensión), en el caso «T., P., c. Editorial Sarmiento S.A., s./Sumario», resuelto en 1995 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 43, de la Capital Federal, Secretaría 73, al que haremos referencia en el acápite siguiente.

3.1. Jurisprudencia

Al analizar la jurisprudencia norteamericana relacionada con discriminaciones por salud en el ámbito laboral, comenta Rothstein que:

- a) en «Houston Belt & Terminal Railway vs. Wherry», un empleado de ferrocarril fue testeado con el objeto de determinar la presencia de drogas cuando, al desmayarse, causó un accidente en el trabajo. El resultado inicial del test mostraba rastros de metadona, pero un test posterior desvirtuó tal conclusión, al exponer la presencia de un componente normal cuyas características eran parecidas a la metadona. El empleado fue despedido más tarde por no haber reportado su accidente a tiempo, y la empresa notificó al Departamento de Trabajo acerca del accidente y de los rastros de metadona presentes en su sistema. La Corte Civil de Apelaciones de Texas condenó a la empresa a pagar al empleado la suma de 150.000 dólares como compensación de los daños ocasionados al trabajador, y la de 50 000 dólares como pena adicional por las declaraciones difamatorias del empleador;
- b) en otro caso, un empleado de la firma Texaco demandó a su empleador y a un supervisor por ultraje e invasión a la privacidad, por haber divulgado a otros empleados que estaba en tratamiento psiquiátrico. La Suprema Corte de Oklahoma denegó el reclamo porque solo un grupo pequeño de compañeros de trabajo tomaron conocimiento del hecho, entendiéndose que solo habría existido invasión de la privacidad si esto se hubiese extendido al público en general;
- c) en el condado de Fayette, Ohio, el Comisionado de Salud luego de recibir una nota anónima, que ponía en su conocimiento el hecho de que un empleado de un restaurante local había contraído el sida, dirigió una nota al dueño de tal negocio, quien la leyó a viva voz en una reunión con los empleados. El trabajador mencionado en la nota —que contaba con veintidós años de servicio—, fue

despedido, y a consecuencia de ello inició una demanda contra el Comisionado de Salud del Condado y el dueño del restaurante por un millón y medio de dólares por despido injustificado y difamación;

- d) una Corte de Massachusetts acogió una acción incoada por invasión a la privacidad contra un supervisor que divulgó el diagnóstico confidencial de sida.

Otras acciones de este tipo indudablemente asoman desde el horizonte (Rothstein 1987: 39 y 140).

También en la jurisprudencia norteamericana, una Corte de Apelaciones Federal de San Francisco, en fecha 18/11/87, ordenó la reinstalación de un maestro con SIDA basado en que la relación con sus estudiantes no implicaba un riesgo significativo de transmisión (Martín-Marchesini 1990: 194).

Ya en la Argentina, en un caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 2ª, de Capital Federal, por vía de amparo se ordenó la reincorporación de un Subcomisario de Policía Federal que había sido dejado cesante al descubrirse a través de los exámenes de rutina que era portador asintomático del VIH. A raíz de tal noticia, el Subjefe de la Policía Federal Argentina dispuso el 4/10/92 iniciar los trámites de retiro obligatorio, el cual se hizo efectivo a partir del 23/3/94. Ante la concreción de la medida, el actor promovió una acción de amparo, a la cual se hizo lugar en primera instancia, ordenando a la accionada se deje sin efecto el pase a retiro del subcomisario y se disponga la convocatoria de Junta Médica a los efectos de que se produzca nuevo dictamen, el cual debía evacuarse sin considerar los resultados de la reacción de *Western Blot* o equivalentes (ELISA), a los efectos del artículo 312 inciso c) del Decreto 1866/83. La Cámara, entre otros fundamentos, entendió que: a) la actitud asumida por las autoridades policiales en la situación particular del actor se advierte no solo como violatoria del derecho a la privacidad e intimidad que encuentra fundamento en el artículo 19 de la Constitución nacional, sino también como discriminatoria dado el tipo de afección que padece el actor, en tanto no se observa sustento jurídico respecto del proceder de la accionada; b) corresponde aplicar las disposiciones de la Ley 23.592 y también el «Informe de una Consulta Internacional sobre el sida y los derechos humanos» (Ginebra 26-28 de julio de 1989; documento publicado por la ONU, Nueva York, 1991, p. 113), que señaló que «el derecho humano de igualdad ante la ley y a la protección igual de la ley haría ilegítima toda discriminación de personas por razones relacionadas con el SIDA o la infección por el VIH, no solo con respecto a sus derechos específicamente protegidos, sino también en cualquier otro sector reglamentado jurídicamente por las autoridades públicas»; y c) respecto del argumento de la demandada en el sentido de que la situación de retiro no contiene

reproche laboral, quien es pasado a situación de retiro con motivo, en definitiva, de ser portador del virus VIH, siente inexorablemente el efecto de la marginación en tanto se trata de una afección a la cual, lamentablemente, aun la sociedad no ha podido aceptar y que en muchos casos se considera un estigma con la consiguiente marginación para quienes la padecen y con el inevitable menoscabo a la dignidad e integridad moral. En este sentido, la Ley 23.798 debe interpretarse tratando de preservar la integridad de la persona y de evitar situaciones de marginación, estigmatización, degradación y humillación.¹²

En otro fallo, ya en relación con un reclamo de indemnización del daño moral ocasionado por el despido arbitrario de un empleado seropositivo, el 17/7/95 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 43, de la Capital Federal, Secretaría 73, en autos «T. P. c. Editorial Sarmiento S.A., s./Sumario», hizo lugar a tal pretensión, aunque sin acoger las otras del actor (lucro cesante, pérdida de oportunidades, gastos médicos y de farmacia), por entender que no había una relación jurídica relevante entre la discriminación sufrida y estos rubros.

El caso había tenido origen en una intervención quirúrgica practicada al actor en agosto de 1991, luego de la cual este se reintegró a su empleo, y después de trabajar quince días ininterrumpidos tomó conocimiento de que era portador asintomático del VIH, en oportunidad de concurrir al primer control posoperatorio, acompañado por su superior jerárquico.

En ese momento, el médico propuso un «pacto de honor y silencio» para preservar la identidad del infectado, pero a partir de allí comenzó para este su segregación en el trabajo. Finalmente, después de una nueva operación en setiembre de 1991 —tras la cual quedó un día internado—, se le negó el regreso a sus tareas habituales, a pesar de que presentó certificados médicos que avalaban su aptitud para desarrollarlas con normalidad.

Ante la reiterada imposición de licencias médicas injustificadas, en agosto de 1993 el causante optó por considerarse despedido y percibió extrajudicialmente de la empresa la indemnización prevista en la legislación laboral. Empero, a continuación inició un reclamo civil, fundado en los perjuicios sufridos por la actitud discriminatoria, pretendiendo el pago del daño moral, así como también se le compensara el lucro cesante, la pérdida de oportunidades y las prestaciones asistenciales y de medicamentos.

El fallo hizo lugar parcialmente a la demanda, basándose en la Ley Antidiscriminatoria, en cuanto establece que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja

¹² C.N.Cont.Adm.Federal, sala 2ª, 7/7/94, «N.N. s. Amparo», «J.A.» 7/6/95, p. 45 y ss.

o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías 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 los daños moral y material ocasionados. También se refirió a lo dispuesto por el artículo 1078 del Código Civil, al Pacto de San José de Costa Rica y al artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, que establece el orden jerárquico normativo.

En los fundamentos se destacó que había sido afectado uno de los derechos esenciales del ser humano, que deriva de la dignidad inherente a la persona, como es el derecho a trabajar; y que la discriminación de que fue víctima el actor había provocado padecimientos, lesión de las afecciones íntimas, dolor, angustia sobre la posibilidad de hallar otro empleo, zozobra, ansiedad, pena e inseguridad, estados anímicos que se proyectan sobre la personalidad plena, afectándola en todos los aspectos de la actividad humana.

Se entendió que dicho menoscabo debía ser indemnizado, y para la valuación del daño (fijado en \$ 80 000) se tuvo en cuenta que el reclamante había visto afectada su dignidad, al ser violado uno de los derechos que influyen directamente en la capacidad de progresar espiritual y materialmente, reconociendo que esta reparación era un pobre medio por el cual se perseguía un fin mayor: tomar conciencia de que la abolición de conductas discriminatorias —y, como tal, irracionales— debe necesariamente provenir del consenso social que supone el reconocimiento de que «mañana puedo ser yo».

La sentencia rechazó el reclamo por lucro cesante, la pérdida de oportunidades, gastos médicos y de farmacia, por entender que no había relación jurídica relevante entre la discriminación y estos rubros, especialmente porque:

- a) la conducta de la demandada no encuadra en la calificación de dolosa, sino que era una actitud culposa, al actuar con imprudencia por ignorancia;
- b) los perjuicios causados, en cuanto imputables al requerido, habían sido reparados por medio de la indemnización laboral, y los planteados en el proceso eran consecuencias remotas no vinculadas con relevancia jurídica con el hecho, y que además experimentan todos los ciudadanos que se han quedado sin trabajo;
- c) la discriminación que había motivado el despido no era causal de la pérdida de oportunidades, del lucro cesante ni de la cobertura médico farmacológica asistencial; y
- d) la inferioridad de condiciones respecto de cualquier otro postulante a un empleo ante otro empleador no era imputable a la demandada ni estaba vinculada con

el trabajo que el actor desarrollaba, y devenía absolutamente injustificada una suerte de delegación particular.

Con respecto a las costas, las cargó en su totalidad a la demandada, en virtud del principio de reparación integral¹³.

Por último, y ya relacionado con la discriminación hacia personas portadoras de hepatitis, en «New York State Association for Retarded Children vs. Carey», la Corte de Apelación determinó que los niños mentalmente retrasados que fuesen portadores de hepatitis no podían ser excluidos de las clases regulares de una escuela pública. El tribunal entendió que a pesar de que el virus de la hepatitis B se halla también en la saliva, la posibilidad de transmisión por fluidos distintos de la sangre es relativamente baja, e inverosímil desde el punto de vista fáctico, y que la Junta Escolar no demostró que hubiera un riesgo para la salud basado en algo más que una posibilidad remota. En esta inteligencia, no convalidó la medida adoptada, considerando en especial los efectos desvalorizantes de las acciones que impliquen el confinamiento de los niños portadores, y que se potenciaría la segregación de los niños mentalmente retrasados, reforzando el estigma del cual esos niños ya han sido objeto por su condición» (Zuccherino 1992: 14 y 89).

3.1.1. Discriminación y reincorporación por motivos de salud

En agosto de 2002, en autos «Raggi, Germán c/Transener S.A. s/Amparo», la justicia laboral de primera instancia de la ciudad de Rosario ordenó el inmediato reintegro de un trabajador a su lugar de trabajo y en su categoría, así como el pago de los haberes devengados desde el despido, bajo apercibimiento de astreintes («condenaciones conminatorias de carácter pecuniario destinadas a doblegar la conducta recalcitrante del deudor de una obligación que se niega a cumplirla») diarias hasta que ello se produzca.

La decisión se produjo a partir de haberse considerado probado que:

- a) el trabajador padecía hepatitis C crónica activa, en estado avanzado (con posible degeneración de cirrosis hepática, de no recibir tratamiento o si el mismo no es eficaz), con el agravante de tratarse de una enfermedad de tratamiento prolongado con riesgo de vida. Tal circunstancia fue conocida por la empresa poco antes del despido, estando acreditado inclusive que se recibió la historia clínica del actor dos días antes de notificársele el despido;

¹³ Para un estudio más detallado de este tema, véase nuestra obra «Derechos humanos y sida». Buenos Aires: Depalma, 1995, especialmente el capítulo 11.

- b) la demandada despidió al trabajador invocando reestructuración de la empresa pero no solo no probó que esa reestructuración se hubiera operado, sino que se acreditó que el único despedido en virtud de la supuesta reestructuración fue el actor y que además se incorporaron otras personas ajenas a la empresa sin ofrecimiento de ninguno de los puestos al actor, cuando esa conducta había sido observada con otros trabajadores con anterioridad;
- c) la situación del trabajador no estaba encuadrada dentro de las previsiones del Convenio Colectivo de Trabajo 36/75, que le reconoce estabilidad absoluta en el empleo al personal en condiciones de jubilarse (artículos 6 y 9), estabilidad limitada al período en que el trabajador cuenta con la antigüedad necesaria para acceder a la jubilación ordinaria y dentro de los plazos necesarios para concretar su tramitación y lograr el beneficio previsional.

Entre los considerandos de la sentencia, el juez destacó que del análisis de las pruebas documentales y especialmente las testimoniales, surge claro que el despido del actor se enrola en una conducta discriminatoria, toda vez que esta se traduce en:

- a) un elemento de hecho que constituye la diferencia de trato, consistente en la exclusión únicamente del actor, no obstante encontrarse otros trabajadores en igual situación y no verificarse otra modificación que el despido del actor en la estructura organizacional;
- b) un motivo determinante de la diferencia de trato, su enfermedad; y
- c) un resultado objetivo de tal diferencia de trato que se traduce en la anulación de la igualdad de oportunidades o trato, al decidirse su despido.

Para así considerarlo, invirtió el *onus probandi*, partiendo de la presunción discriminatoria, como resultado de la aplicación de las reglas de la sana crítica y por aplicación hermenéutica del principio protectorio que inspira esencialmente el derecho del trabajo, considerando especialmente la dificultad sobre la prueba de la discriminación y adhiriendo al criterio expuesto por la Comisión de Expertos de la OIT sobre lo difícil que le resulta a la víctima la prueba de la discriminación.

Ya entre los fundamentos normativos del fallo, este se afianza en instrumentos de fuente internacional y nacional. Entre los primeros, se destacan:

- a) El Convenio 111 de la OIT, que en lo pertinente dispone:

Artículo 1 - 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el

empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y [ocupación] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Artículo 2. Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Artículo 4. No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Artículo 5 - 1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

b) La Declaración Sociolaboral del Mercosur, de 1998, que en lo que interesa para la resolución del caso reza:

Artículo 1. No discriminación 1. Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.

2. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.

Artículo 2. Promoción de la igualdad. 1. Las personas con discapacidades físicas o mentales serán tratadas en forma digna y no discriminatoria, favoreciéndose su inserción social y laboral.

2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas efectivas, especialmente en lo que se refiere a la educación, formación, readaptación y orientación profesional, a la adecuación de los ambientes de trabajo y al acceso a los bienes y servicios colectivos, a fin de asegurar que las personas discapacitadas tengan la posibilidad de desempeñarse en una actividad productiva.

- c) Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que la Constitución nacional le adjudica jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22 (la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA); la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Ya desde el ángulo de las normas locales, el fallo se basa en normas genéricas y específicas, a saber:

- a) La Constitución nacional (artículos 14, 14 bis, 16, 33, 43 y 75, inciso 19 y 23).
- b) La Ley Antidiscriminatoria, 23.592 —que por ser general y más beneficiosa, concurre complementariamente a las disposiciones de la LCT, brindando la posibilidad de ejercer una acción impeditiva o restitutiva que asegure el cumplimiento efectivo del deber de no discriminar y el resarcimiento del daño producido— dispone, en lo atinente:

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

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión,

nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

c) La Ley de Contrato de Trabajo, que establece:

Artículo 17. Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

Artículo 81. Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contratación a sus tareas por parte del trabajador.

d) La Convención Colectiva de Trabajo del sector (36/75), que dispone: «Artículo 6. Estabilidad: Dentro del término que confiere la Ley para la Jubilación Ordinaria y los plazos del artículo 9 (Personal en condiciones de jubilarse), los trabajadores gozarán de estabilidad absoluta en su empleo. Las cuestiones de orden político, racial, social, gremial o religioso no serán causas de sanciones disciplinarias o despido.

El trabajador que fuere despedido sin justa causa, apreciada conforme lo previsto en el párrafo anterior, tendrá derecho a requerir la reinstalación en su puesto de trabajo.

En definitiva, la sentencia que comentamos, si bien es anterior a la que nos referimos *supra*, del trabajador que fue despedido por ser activista gremial no protegido por la Ley 23.551, comparte la misma mirada y fue en busca de la misma solución.

4. Conclusiones

De lo expuesto surge claramente que la justicia argentina, en estos últimos años, ha reaccionado enérgicamente frente a discriminaciones del tipo de la analizada en los fallos comentados, por lo que cabe valorar el correcto direccionamiento de los jueces que hicieron lugar a las pretensiones de los actores en relación con el derecho (nacional e internacional) de los derechos humanos.

Es cierto que en el ámbito del trabajo, como en el familiar, donde muchas personas comparten gran parte de su vida con otros, se deben repeler situaciones de continuación forzada de las relaciones para que no se llegue a peores consecuencias sobre todos los involucrados. Sin embargo, también lo es que la pérdida inmerecida de

un trabajo constituye muchas veces una tragedia personal para el trabajador, de la cual puede ser muy difícil recuperarse, más aún en un contexto de pérdida de un entorno que —en especial en los casos de trabajadores enfermos— repercute en la continuación del tratamiento de la enfermedad (tanto por la remuneración como por el mantenimiento dentro de una obra social) y también en el aspecto emotivo, ya que el estar contenido en un trabajo resulta muy importante para sobrellevar las dolencias físicas y psíquicas.

Por otra parte, el fenómeno discriminatorio dentro de comunidades como puede ser la del trabajo no puede ser tolerado. Cuando el ataque es burdo y artero, el derecho no puede permanecer indiferente y debe actuar con celeridad y energía. Pero también es cierto que bajo la excusa de la discriminación pueden enmascarse situaciones injustas para quienes son acusados de incurrir en esas conductas aberrantes y que flexibilizar mucho la prueba puede ser contraproducente. Y he allí la prudencia del operador del derecho, que deberá saber distinguir cuándo se verifica el fenómeno discriminatorio y cuándo no. El objetivo de este trabajo fue el de brindar algunas herramientas para el análisis, que esperamos sean de utilidad. Como siempre, cabe hacer un llamado al equilibrio de quienes deben aplicar el derecho, para distinguir claramente ambas situaciones y actuar en consecuencia, con energía y decisión, como lo reclama sin lugar a dudas el derecho internacional de los derechos humanos.

Bibliografía

CAPÓN FILAS, Rodolfo

s.a. *El nuevo derecho sindical argentino*. Buenos Aires: Ed. Platense.

CARCAVALLO, Hugo R.

2000 «El poder de policía laboral y el Consejo Federal del Trabajo. La competencia, la discriminación, la intimidad y otros aspectos de la Ley 25.212». *Trabajo y Seguridad Social*, pp. 296-301.

2003 «Las normas antidiscriminatorias y el derecho del trabajo». *Trabajo y Seguridad Social*, N° 4, pp. 355-373.

COLAUTTI, Carlos E.

1999 *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

DESCALZI, José Pablo

2007 «La carga de la prueba en el Código Procesal Civil de La Pampa». En Augusto Morello (director). *Prueba. Cuestiones modernas*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

DEMICHELIS, Héctor Blas

1983 «Las relaciones entre el derecho común y el derecho del trabajo». *Derecho del Trabajo*, XLIII, 1983-A.

ERMIDA URIARTE, Oscar y Bernardino ESPEJO

1995 «Drogadicción y derecho laboral». *Relaciones laborales y seguridad social*. Buenos Aires: Ediciones Interoceánicas, S.A., año 1, N° 6, agosto.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto

1987 «Principios del derecho del trabajo e interpretación de normas de derecho común». *Derecho del Trabajo*.

KIPER, Claudio M.

1998 *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires: Hammurabi.

LÓPEZ, Justo

s.a. «Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo». *Legislación del Trabajo*, xxx-A, pp. 193-211.

MARTÍN-MARCHESINI, Gualterio

1997 «La responsabilidad civil médica por daños ante el contagio del sida». En *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MORELLI, Mariano

s.a. «La discriminación y la empresa». Tesis doctoral inédita.

NOGUEIRA, Humberto

1994 «Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía». Ponencia presentada en las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, noviembre.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1986 *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.

PEYRANO, Jorge W.

1991 «Doctrina de las cargas probatorias dinámicas». *La Ley*, 1991-B.

PUCCINELLI, Oscar Raúl

1992 *Derechos humanos y sida*. Buenos Aires: Depalma.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

1970 *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge

2007 *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.

ROTHSTEIN, Mark A.

1987 «Screening workers for AIDS». En *AIDS and the law. A guide for the public*. New Haven y Londres: Yale University Press,

VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra

2004 *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*. Buenos Aires: Educa.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio

s.a. «La estabilidad absoluta del trabajador víctima de una práctica antisindical». *Derecho del Trabajo*.

ZUCCHERINO, Ricardo Miguel

1992 *El sida frente al derecho y la humanidad*. Buenos Aires: Depalma.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco

1994 «Derechos humanos e igualdad: el principio de discriminación compensatoria». Ponencia presentada en las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, noviembre.