

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 8 de Agosto de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Kogan**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa L. 104.378, "Sffaeir, Carolina contra Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH). Despido".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Trabajo del Departamento Judicial Junín hizo lugar a la acción promovida, con costas a la parte demandada.

Ésta dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor **Negri** dijo:

I. El tribunal de trabajo hizo lugar a la demanda interpuesta por Carolina Sffaeir contra "Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada", a quien condenó a reincorporarla en su puesto de trabajo y a pagarle los salarios que dejó de percibir entre la fecha del despido y el dictado de la sentencia, así como el resarcimiento del daño moral derivado del acto ilícito extracontractual en el que incurrió al despedirla.

Lo hizo por entender que el despido directo dispuesto por la patronal el día 26-XI-2003 revistió carácter discriminatorio, por lo que correspondía declarar su nulidad y ordenar la reinstalación de la accionante en su empleo.

En ese sentido, puntualizó el **a quo** que, si bien el distracto se produjo sin expresión de causa, los motivos silenciados por el empleador en el telegrama rescisorio surgieron evidentes de la prueba producida en la causa, con la cual quedó demostrado que el despido fue consecuencia del reclamo judicial entablado por la actora contra la cooperativa demandada a raíz de la muerte del señor Hugo Nicodemo, quien fuera en vida su esposo.

Precisó el juzgador que, en el caso, se acreditó que el señor Nicodemo falleció el día 23-X-2001 a raíz de un paro cardio-respiratorio por electrocución mientras realizaba tareas con un "chimango" en silos de propiedad de

un tercero, por lo que la señora Sffaeir demandó -por su propio derecho y en representación de P.N. , la hija menor de ambos- a la Cooperativa Eléctrica en su calidad de guardián del tendido rural electrificado, que forma parte de la red eléctrica de su propiedad.

Destacó asimismo el sentenciante que dicha demanda civil fue promovida el día 20-X-2003, que fue notificada a la Cooperativa Eléctrica el día 17-XI-2003 y que su Consejo de Administración tomó conocimiento de ella el 25-XI-2003, oportunidad en la cual decidió despedir a la actora, lo que le fue notificado al día siguiente. Al respecto, se puntualizó en el veredicto que, del acta de la reunión del Consejo de Administración celebrada el día 25-XI-2003 (agregada a fs. 246/248), surge que la radicación de esa demanda civil "generó un malestar muy grande entre el personal de la entidad", al punto que se consignó allí que la negativa de la actora a posponer la notificación de la misma fue interpretada como una "falta total de consideración" de parte suya, resolviéndose, finalmente, por unanimidad, remitirle al día siguiente el telegrama de despido.

Por otra parte, también ponderó el **a quo** la declaración testimonial prestada en la audiencia de vista de la causa por el señor Echeverría (gerente de la accionada), quien -según quedó plasmado en el veredicto-

declaró que, una vez anoticiado de la promoción de la demanda mencionada, el Consejo de Administración *"tenía una decisión tomada, era decisión del Consejo despedir a la actora"*, habiendo añadido que *"era vox populi que la accionante había iniciado una demanda contra la Cooperativa por la muerte de su esposo y siendo empleada de la Cooperativa no se lo veía como una actitud muy digna, ese era el comentario que circulaba dentro y fuera de la Cooperativa"* (textual, vered., fs. 648).

Sobre la base de los argumentos señalados y con fundamento en las pruebas testimonial, confesional, documental y pericial, concluyó el tribunal de grado que, más allá de que no se explicitó causa alguna en la comunicación rescisoria, el motivo desencadenante del despido incausado fue la interposición de la demanda entablada por la accionante con el objeto de reclamar la reparación de los daños derivados de la muerte de su esposo (vered., fs. 642/651), máxime ante la inexistencia de elemento probatorio alguno aportado por la patronal que permitiese excluir la conducta discriminatoria alegada en el escrito de inicio, habida cuenta que -precisó el tribunal a fs. 656 y vta.- pesaba sobre la demandada demostrar que el despido había obedecido a una causa extraña al acto discriminatorio invocado.

Ya en la sentencia, expresó el juzgador que

resultaba indudable que existió en el caso una represalia por la actitud asumida por la accionante al iniciar el juicio mencionado. En consecuencia, concluyó que el despido se originó en un motivo discriminatorio arbitrario, toda vez que en el caso existió una sanción impuesta a la accionante por el ejercicio del derecho constitucional de peticionar a la justicia, garantía inviolable que tiene jerarquía constitucional propia a tenor de lo que prescriben los arts. 14 y 18 de la Constitución nacional (sent., fs. 657).

Luego, tras destacar que el derecho a la no discriminación tiene fundamento en la dignidad de la persona y en el principio de igualdad, hallándose consagrado en los diversos tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, precisó el **a quo** que resultaba aplicable al caso la ley 23.592, con fundamento en que, de acuerdo con su art. 1 -explicó- resulta posible obligar al responsable a hacer cesar el acto discriminatorio y a reparar los daños materiales y morales que de él se derivan. Aclaró asimismo el juzgador que, frente a la existencia de un despido discriminatorio, la aplicación de la mentada ley 23.592 permitía dejar de lado la "estabilidad impropia" que consagra la Ley de Contrato de Trabajo, pudiéndose obligar al empleador a reincorporar al trabajador víctima de la

conducta discriminatoria.

Ello así -puntualizó- pues la actitud de la demandada constituyó, analizada en el marco constitucional y legal mencionado, un acto nulo en los términos del art. 1044 del Código Civil, debiendo volverse las cosas al estado anterior a su comisión, de conformidad a lo que establecen los arts. 1050, 1055 y 1083 del mismo cuerpo normativo; argumentos con sustento en los cuales el **a quo** anuló el despido y ordenó la reinstalación de la trabajadora en su puesto de labor (sent., fs. 658/661).

Sentado lo expuesto, el tribunal dispuso que también correspondía condenar a la accionada a pagar los salarios caídos que la actora había dejado de percibir entre la fecha del distracto y la del dictado de la sentencia (41 meses), debiendo descontarse de ese importe la suma que había cobrado en concepto de las indemnizaciones tarifadas derivadas del despido (sent., fs. 662).

Asimismo, ordenó reparar el daño moral derivado de la conducta discriminatoria en que incurrió la demandada, en la inteligencia de que ésta había cometido un acto ilícito configurativo de responsabilidad civil extracontractual, en los términos de los arts. 1067, 1078 y 1109 del Código Civil. Destacó el sentenciante que la

actitud patronal implicó una ofensa encubierta a la honra de la trabajadora, por menoscabo de su autoestima, máxime considerando su condición de único sostén de su hija menor de edad (fs. 663 y vta.).

II. Contra esta decisión se alza la parte demandada mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia violación y errónea aplicación de los arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución nacional; 245 de la Ley de Contrato de Trabajo; 1 de la ley 23.592; 1044, 1050, 1056, 1067, 1078, 1089, 1090 y 1109 del Código Civil; 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial y 44 incs. c) y d) de la ley 11.653, así como de la doctrina legal que identifica (fs. 680/689).

Tras aclarar expresamente que no resultan motivo de impugnación los hechos determinados en el veredicto ni la conclusión del tribunal relativa a que el despido de la actora obedeció a la promoción del proceso judicial cuyo objeto era una pretensión de condena del empleador, como tampoco la atribución de la carga de la prueba formulada en la sentencia atacada (recurso, fs. 683 y vta.), plantea los siguientes agravios:

1. En primer lugar, critica la decisión del tribunal en cuanto declaró la nulidad del despido y condenó a la accionada a reinstalar a la actora en su puesto de

trabajo.

Señala que, al resolver de ese modo, el juzgador desinterpretó el art. 14 bis de la Constitución nacional, desconociendo otras normas de igual linaje que consagran la libertad de comerciar y ejercer industria lícita, así como el derecho de propiedad.

Afirma, en ese sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha convalidado las leyes o convenciones colectivas que establecían la denominada "estabilidad propia" de los trabajadores, en tanto suprimen el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con mengua de las garantías constitucionales arriba mencionadas.

Añade que, para que resulte aplicable el art. 1 de la ley 23.592 y la consecuente nulidad del despido, es menester que el acto discriminatorio menoscabe derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional y, si bien el **a quo** consideró que el despido de la actora violentó el art. 14 bis, esa transgresión sólo puede traducirse en un régimen de "estabilidad impropia", con derecho a percibir una indemnización tarifada, por lo que la aplicación de la ley 23.592 al despido arbitrario de un trabajador, unido por un vínculo laboral privado, "resulta inconstitucional".

Sin perjuicio de lo señalado, destaca que la actuación de la ley 23.592 en el ámbito laboral "es errónea y comporta la violación del artículo 245 L.C.T."

Al respecto, afirma que si la interpretación del art. 1 de dicha ley alcanza a cualquier acto arbitrario - esto es, carente de justificación razonable-, es claro que todo despido incausado, al que alude el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sería discriminatorio. Sin embargo -señala- de la doctrina legal de esta Corte que identifica se desprende que la legislación vigente dispone un sistema de protección de la estabilidad que impone al empleador el pago de una indemnización tarifada que es comprensiva de todo perjuicio padecido por el trabajador como consecuencia de la cesantía.

Agrega que, cuando el legislador decidió incorporar al régimen laboral el despido discriminatorio en el art. 11 de la ley 25.013, lo hizo respetando el sistema de "estabilidad impropia", agravando la indemnización por despido; por lo que, en todo caso, a tenor de ese dispositivo legal debió solventarse el conflicto, máxime cuando la propia actora petitionó su aplicación y era esa la norma que se encontraba vigente a la fecha en que se produjo el distracto.

En definitiva, sostiene la impugnante que aun cuando el motivo del despido, no mencionado en la

comunicación rescisoria, resultase irrazonable (por ejemplo, en virtud de que el trabajador hubiera puesto en ejercicio, el derecho de acción frente a la empresa), tal circunstancia no autorizaría la aplicación del art. 1 de la ley 23.592 y el régimen civil de las nulidades, con el consecuente desplazamiento del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, implementándose un sistema de estabilidad absoluta que no ha sido impuesto por el art. 14 bis de la Constitución y violenta las garantías consagradas en sus arts. 14 y 17.

2. En otro orden, cuestiona la sentencia en cuanto condenó a la patronal a resarcir integralmente los daños derivados del despido discriminatorio.

En lo que respecta a los "salarios caídos", afirma que son consecuencia de la nulificación del despido, razón por la cual, resultando improcedente aquella decisión, ello trae aparejado el rechazo de ese resarcimiento.

Añade que, sin perjuicio de lo señalado, la sentencia ha violado la doctrina legal de esta Suprema Corte que indica (conf. L. 42.985, sent. del 14-VIII-1990; L. 84.809, sent. del 7-III-2007, entre otras), de la cual se desprende que la ruptura unilateral sin causa del contrato de trabajo origina la obligación de pagar las indemnizaciones previstas en la ley, que comprenden

cualquier perjuicio padecido por el trabajador a causa de su despido; toda vez que la ley presume -sin admitir prueba en contrario- la existencia de los daños materiales y morales padecidos por el dependiente con motivo de la extinción del vínculo y establece, tarifadamente, la reparación correspondiente.

Agrega a lo señalado que, al ponderar la ofensa encubierta a la honra de la trabajadora, por menoscabo de su autoestima, para fundar la condena por el daño moral, el **a quo** incurrió en absurdo y transgresión de los arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial y 44 incs. d) y e) de la ley 11.653, habida cuenta que, en el escrito de inicio, se reclamó ese rubro alegando la situación de mortificación, incertidumbre y desasosiego sufrida por la actora ante la represalia adoptada por la demandada.

III. El recurso es improcedente.

1. Inicialmente, considero necesario recordar que la potestad revisora de esta Suprema Corte está circumscripita al contenido de la sentencia y a la concreta impugnación contra ella formulada (conf. causas L. 61.959, "Correa", sent. del 24-III-1998; L. 74.191, "Mamani", sent. del 15-V-2002; L. 77.049, "Martín", sent. del 17-VII-2003; L. 85.861, "Tellechea", sent. 18-IV-2007; L. 84.882, "Barbusano", sent. del 9-V-2007; L. 95.264, "Barrenechea",

sent. del 18-III-2009; L. 92.804, "Olivares", sent. del 3-VI-2009; entre otras).

En consecuencia, este Tribunal deberá limitarse a analizar si resulta o no ajustada a derecho, la decisión del juzgador de origen en cuanto dispuso la nulidad del despido y condenó a la accionada a reinstalar a la actora en su puesto de trabajo y a reparar integralmente los daños por ella padecidos, quedando detraídas del ámbito de esta casación las cuestiones fácticas y probatorias sobre las que se estructuró la sentencia atacada.

Tanto es ello así que la propia recurrente ha declarado expresamente que la impugnación parte de "*los hechos determinados en el veredicto*", esto es, "*que el despido obedeció a la promoción de un proceso judicial cuyo objeto era una pretensión de condena frente a la empleadora*" (fs. 683), señalando de modo igualmente explícito que no se controvierte la atribución de la carga de la prueba establecida en el fallo cuestionado (fs. 683 vta.).

En definitiva, *la impugnante no formula crítica alguna respecto de las alternativas que rodearon al despido ni sobre su caracterización como un acto discriminatorio, sino que, por el contrario, aún aceptando que el despido constituyó una represalia contra la acción judicial incoada por la actora ante la muerte de su esposo, consiente esa*

calificación y se queja sólo por las consecuencias que de ello se derivaron en la sentencia atacada.

Así es que quedan fuera de discusión en esta instancia, por no haber sido deducidos agravios al respecto, la definición de las circunstancias fácticas que contiene la sentencia impugnada, la valoración de las pruebas efectuada por el **a quo** a fin de arribar a las conclusiones en el terreno de los hechos y el análisis de la distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios (conf., en idéntico sentido, mi voto en la causa L. 97.804, "Villalba", sent. del 22-XII-2010).

2. Aclarado ello e ingresando en el fondo de la cuestión, he de señalar, en primer lugar, que los agravios dirigidos a cuestionar la decisión del tribunal de declarar la nulidad del despido y ordenar la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo no resultan atendibles.

a. Invirtiendo el orden de los argumentos traídos por la recurrente por razones metodológicas, cabe destacar que no le asiste razón en cuanto sostiene que la ley 23.592 no resulta aplicable a las relaciones laborales y, más específicamente, a los despidos discriminatorios.

(i) En efecto, a juicio de la impugnante, el juzgador de grado interpretó erróneamente el art. 1 de la ley 23.592, toda vez que -sostiene- su aplicación al caso

condujo a una solución incompatible con las garantías constitucionales que invoca y con el régimen legal que regula el alcance del derecho a la estabilidad en el empleo.

(ii) Empero, a diferencia de cuanto se sostiene en la presentación bajo análisis, considero -tal como lo hice al emitir mi voto en el citado precedente L. 97.804, "Villalba", asimilable al caso bajo examen- que la decisión adoptada por el **a quo** resulta razonable y no provoca fisuras en el bloque normativo integrado por preceptos locales e internacionales aplicables.

El derecho a la no discriminación es un derecho humano fundamental y, en particular, un derecho fundamental en el trabajo.

La reprobación por parte del ordenamiento argentino a la discriminación arbitraria no es reciente. Muestra de ello resultan ser la doctrina elaborada en torno al principio de igualdad previsto en el art. 16 de la Constitución nacional, su art. 14 bis; los arts. 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo y los tratados internacionales invocados por el tribunal de grado (sent., fs. 661 y vta.) que, en razón de la modificación introducida a la Carta Magna en el año 1994, han adquirido jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22).

(iii) Por otra parte, la ley 23.592, conocida

como Ley Antidiscriminatoria, reguló las consecuencias de los actos discriminatorios, previendo expresamente la posibilidad de declarar su ineficacia o hacer cesar su realización, a la vez que la de reparar los daños morales y materiales ocasionados.

El art. 1 de la norma mencionada en último lugar dispone que *"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".

Como queda a la vista, el texto de la norma transcripta no ofrece ningún argumento razonable que permita afirmar que el dispositivo legal no es aplicable cuando el acto discriminatorio es un despido y el damnificado un trabajador dependiente.

Esa interpretación (sostenida por la recurrente)

equivaldría, paradójicamente, a discriminar a los trabajadores afectados por un acto de esa naturaleza por el sólo hecho de serlo y debería, en consecuencia, ser censurada por su inconstitucionalidad (conf. ap. II. d. de mi voto en la citada causa L. 97.804, "Villalba").

Luego, resulta manifiestamente desacertada la aseveración de la impugnante concerniente a que *"la aplicación de la sanción prevista en el artículo 1 de la ley 23.592 al despido arbitrario de un trabajador unido por un vínculo laboral privado resulta inconstitucional"* (textual, recurso, fs. 685 vta.), toda vez que -muy por el contrario, como lo anticipé en la causa arriba mencionada- lo inconstitucional sería excluir a los trabajadores, por su sola condición de tales, de la tutela que, con alcance general, dispensa la norma antidiscriminatoria a todos los habitantes de la Nación.

Es más, como lo he señalado en numerosas oportunidades, una particular distinción normativa respecto de los trabajadores en especial debiera ser, en todo caso, en favor de aquéllos, en armonía con el rango constitucional que posee el principio protectorio en el derecho del trabajo (art. 14 bis, Const. nac.). En modo alguno, entonces, puede aceptarse en nuestro régimen constitucional y legal -como se cristaliza en la interpretación que propicia la recurrente-, que se

disminuyan en su perjuicio derechos con relación a los que gozan en igualdad de condiciones el resto de los habitantes del país (conf. causas L. 77.503, "Cardelli" y L. 75.346, "Brítez", sents. ambas del 6-VI-2001; L. 75.583, "Romero", sent. del 19-II-2002, entre otras; asimismo, mis votos en L. 78.922, "Rogers", sent. del 2-VII-2003; L. 81.216, "Castro", sent. del 22-X-2003; L. 79.072, "Velázquez", sent. del 3-X-2003; L. 82.338, "Palomeque", sent. del 10-XII-2003; L. 82.888, "Adasme Carvacho", sent. del 18-II-2004; L. 87.394, "V. de C., M.C.", sent. del 11-V-2005; L. 84.882, "Barbusano", sent. del 9-V-2007; L. 94.498, "Ramírez", sent. del 15-VII-2009, entre muchas).

En suma -como ya lo resolvió esta Suprema Corte en la citada causa L. 97.804, "Villalba"-, la postura asumida por la recurrente pone de manifiesto -en sí misma- un acto discriminatorio contra el conjunto de los trabajadores pues, si la interpretación que la funda fuese válida, debería admitirse entonces que el legislador, al dictar una norma de carácter general como la analizada -y que, por lo demás, se encuentra en armonía con los tratados internacionales con jerarquía constitucional- habría incurrido en una grave inconsistencia, pues establecer que la tutela antidiscriminatoria rige para todos los actos discriminatorios, con excepción de los que se verifiquen en el ámbito laboral, implicaría discriminar

a todos los trabajadores sólo por su condición de tales, o bien, por razón de la preexistencia entre las partes de una relación jurídica que, en rigor, lejos de justificar un trato peyorativo, se erige como postulado fundante de todo diseño normativo que reconozca al trabajador como un sujeto de tutela jurídica preferente (art. 14 bis, Const. nac.).

La tesis que presenta la recurrente exhibe, pues, una insalvable relación de contradicción, no sólo con los principios -con fundamento constitucional- del derecho del trabajo sino, también, con la télesis de toda normativa -de razón mínima- que enfatiza la necesidad de las medidas de acción positiva a favor de la igualdad.

(iv) En definitiva, aún en la tesis de la demandada, en cuanto a que la ley 23.592 es una norma general (frente a la especial Ley de Contrato de Trabajo), de ello no sigue que la discriminación en el marco de un contrato de trabajo deba ser excluida de su ámbito de aplicación. Por el contrario, el segundo párrafo de su art. 1 alude a la discriminación arbitraria por motivo gremial o condición social, la que habrá de configurarse, en la mayoría de los casos, en el marco de relaciones de esa naturaleza.

b. Consentido por el recurrente que el despido, en represalia por haber iniciado una demanda judicial

contra su empleadora, constituye un despido discriminatorio, y descartada la pretendida inaplicabilidad de la ley antidiscriminatoria a las relaciones laborales, su aplicación a la controversia debatida en la especie resulta inobjetable, por lo que he de proponer la confirmación de la decisión del tribunal de declarar la nulidad del distracto.

En efecto, siendo que la ley 25.392 resulta aplicable a las relaciones laborales y que el despido dispuesto por la accionada constituyó un acto discriminatorio que encuadra en el ámbito del primer párrafo del art. 1 de aquel cuerpo legal, no asiste razón a la recurrente en cuanto denuncia que el tribunal de grado aplicó erróneamente dicho precepto al resolver que correspondía hacer cesar los efectos del despido discriminatorio reinstalando a la actora en su puesto de trabajo.

Como lo resolvió esta Corte en el tantas veces citado caso "Villalba", lo realmente privilegiado por la ley 23.592 es la prevención y la nulificación del acto discriminatorio: impedirlo, si aparece inminente su concepción lesiva, o hacer cesar sus efectos y reparar las consecuencias dañosas del ilícito discriminatorio, cuando éste ya se produjo. En ese contexto, la acción jurídica de privación de efectos al acto írrito debe traducirse,

necesariamente, en la nulidad del despido y la consecuente reinstalación de la víctima en su puesto de trabajo cuando -como ocurrió en la especie- el damnificado así lo solicita.

c. Finalmente, no obstan a la conclusión anticipada, las críticas contenidas en el recurso relativas a que la decisión atacada vulnera las cláusulas constitucionales que consagran la libertad de comerciar y ejercer industria lícita, así como el derecho de propiedad y el sistema de "estabilidad impropia" receptado en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y su doctrina legal.

(i) De un lado, cuadra señalar que, como todos los derechos constitucionales, los de propiedad y ejercer industria lícita (arts. 14 y 17, Const. nac.) no revisten carácter absoluto, toda vez que su ejercicio debe ser compatibilizado con los restantes derechos constitucionalmente reconocidos. Al respecto, ha señalado esta Corte que los derechos consagrados por la Constitución no son absolutos sino que están sometidos a limitaciones indispensables para el orden social y que esa relatividad alcanza al derecho de propiedad (conf. causas Ac. 32.785, "Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado", sent. del 15-V-1985; Ac. 34.592, "Fregonese", sent. del 23-VIII-1985). Luego, resulta a todas luces evidente que tales derechos no pueden ser invocados para amparar una conducta

discriminatoria y palmariamente violatoria de otros derechos constitucionales, como la adoptada en el caso por la demandada recurrente.

Por lo demás, es atinado traer a colación lo expresado por la doctora Kogan en el ya citado precedente L. 97.804, "Villalba", en cuanto sostuvo que, en supuestos como el examinado, es válido justificar la vigencia de una pauta genérica en el plano de la teoría constitucional: los derechos a la igualdad y a no ser discriminado arbitrariamente *ostentan rango superior en la escala axiológica de los bienes e intereses jurídicos a proteger*, consideraciones que hago propias y que sellan la suerte adversa de la crítica.

(ii) Del otro, cabe destacar que la circunstancia de que la legislación laboral vigente (art. 245, L.C.T.) admita la eficacia extintiva del despido injustificado, obligando al empleador que procede a despedir sin un motivo jurídicamente atendible a pagar la indemnización tarifada allí prevista, en modo alguno alcanza para modificar la solución adoptada por el **a quo**.

Ello así, pues dicha norma regula las consecuencias que se derivan del incumplimiento o inejecución de una obligación contractual, sin comprender los despidos que, como el verificado en autos, revisten carácter discriminatorio y violatorio de derechos

fundamentales, los cuales, como quedó dicho, quedan alcanzados por las normas constitucionales, internacionales y legales que prohíben la discriminación, en especial por el art. 1 de la ley 23.592 que -como ya fue señalado- garantiza expresamente a la víctima el derecho de obligar al dañado a *"dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados"*, permitiendo, en consecuencia, restarle eficacia extintiva al despido que revista tales características cuando el damnificado así lo requiera.

En definitiva, en supuestos como el que se verifica en autos, nos encontramos frente a un despido que no sólo afecta los derechos del trabajador amparados por los arts. 14 bis de la Constitución nacional -en cuanto exige que las leyes garanticen protección contra el despido arbitrario- y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (derechos cuya vulneración tiene como única consecuencia, en el régimen legal vigente, la obligación de pagar la indemnización contemplada en dicha norma legal), sino también -y principalmente- el derecho fundamental a no ser discriminado (cuya transgresión habilita al damnificado, como vimos, a solicitar que se deje sin efecto el acto discriminatorio, sin perjuicio de la reparación integral de los daños que del mismo pudieran derivarse; art. 1, ley 23.592).

En otras palabras, frente al *despido dispuesto por el empleador sin justa causa* al que hace referencia el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (es decir, un *despido injustificado*), nos hallamos, en la especie, frente a un despido dispuesto por el empleador con base en una causa expresamente prohibida por las normas constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa legal antidiscriminatoria (es decir, un *despido injustificado agravado*), circunstancia que justifica la ajenidad de la controversia objeto de esta litis al régimen establecido en aquella norma legal.

Por lo tanto, tal como lo precisé en mi voto en la causa L. 97.804, "Villalba", no encuentro que la solución que aquí se confirma sea portadora de una incompatibilidad que torne imposible conciliarla con el régimen legal de protección contra el despido arbitrario previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, por cuanto el sistema de "estabilidad relativa impropia" allí contemplado no se agrieta con ella. La no discriminación -cabe reiterarlo- es un derecho fundamental y su vulneración provoca que las normas protejan más intensamente al trabajador que la padece, salvaguarda que, como queda dicho, se traduce en la reinstalación del dependiente en su empleo como consecuencia de la ineficacia de la rescisión contractual que -en el caso- tuvo por fundamento el

ejercicio del derecho constitucional a acceder a la jurisdicción.

En suma, como se precisó en el precedente citado, no puede oponerse a la conclusión adoptada por el juzgador -nulidad del despido con base en la ley antidiscriminatoria- una solución sustentada en el contenido mínimo de las normas particulares dictadas en protección del trabajador (art. 245, L.C.T.), si ha sido éste -en el contexto de una relación que lo exhibe debilitado y vulnerable- víctima de una conducta lesiva de su dignidad.

(iii) Por las mismas razones mencionadas en los apartados precedentes, ninguna relación guarda con lo debatido en la especie tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a los regímenes de "estabilidad absoluta" que menciona la recurrente (fs. 684 vta.) como la doctrina legal de este Tribunal vinculada a los alcances de la reparación tarifada contemplada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo también invocada en el recurso bajo análisis (fs. 686 vta.), toda vez que ambas han sido elaboradas sobre la base de circunstancias fácticas y jurídicas disímiles a las que se verifican en autos, resultando, por lo tanto, inaplicables al caso bajo análisis.

d. Por último, tampoco acierta la quejosa en

cuanto pretende que debió aplicarse el art. 11 de la ley 25.013.

(i) En primer lugar, cabe destacar que -contrariamente a lo que postula la recurrente- la actora reclamó la aplicación de la indemnización agravada prevista en el precepto indicado sólo de manera supletoria, para el caso de que no prosperase la pretensión principal de reinstalación y reparación integral del daño deducida con fundamento en la ley 23.592 y las normas constitucionales e internacionales allí invocadas (ver demanda, fs. 163).

(ii) Aclarado ello, he de señalar que el agravio resulta manifiestamente improcedente toda vez que, los argumentos que la accionada introduce en el recurso, resultan absolutamente contradictorios con los que esgrimió sobre el punto al contestar la demanda.

En efecto, con el objeto de repeler la indicada pretensión subsidiariamente planteada por la accionante, sostuvo la legitimada pasiva en la réplica: *"Tampoco -por (...) ser la ley sólo de aplicación para los contratos de trabajos celebrados a partir del 3 de octubre 1998 y por estar derogada la norma- corresponde el reclamado incremento porcentual del 30% sobre la indemnización (Artículo 11 Ley 25.013, derogado por el artículo 41 de la ley 25.877 B.O. 19/3/2004)"* (textual, réplica, fs. 193).

Siendo ello así, mal pudo sostener la impugnante

en el recurso, como lo hizo, que teniendo en cuenta que el despido se produjo el día 26-XI-2003, *"a tenor de ese dispositivo debió solventarse el conflicto"* (fs. 687, refiriéndose al art. 11 de la ley 25.013).

Tal actitud traduce una manifiesta contradicción en el accionar de la demandada, quien en una primera oportunidad -al contestar la demanda- argumenta que el art. 11 de la ley 25.013 no resulta aplicable al caso en virtud de que se encontraba derogado, para luego -al deducir el recurso extraordinario, una vez que advierte el progreso de la pretensión principal de reinstalación- peticionar su aplicación, sosteniendo ahora que dicho precepto legal debió emplearse en virtud de que se encontraba vigente al momento del despido, es decir, utilizando un argumento completamente antagónico con el oportunamente expresado en el escrito de réplica.

Al proceder de ese modo, soslaya la recurrente que, por imperio de la llamada "teoría de los actos propios", es inatendible la pretensión que importe ponerse en contradicción con los comportamientos anteriores jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (conf. causas L. 34.396, "Ozán", sent. del 20-VIII-1985; L. 35.803, "Vázquez", sent. del 17-III-1987; L. 54.013, "García", sent. del 24-V-1994; L. 70.295, "Patierno", sent. del 12-III-2003; L. 92.853, "Insaurrealde", sent. del 10-

XII-2008, entre otras) deviniendo, en consecuencia, inadmisibile su postura, en tanto no se compadece con otra actitud suya anteriormente asumida en el pleito, pretendiendo cambiar, ante la instancia extraordinaria, su tesitura previa (conf. causas L. 36.342, "García", sent. del 19-VIII-1986; L. 65.890, "Salerno", sent. del 10-XI-1998; L. 85.616, "Rocha", sent. del 30-VIII-2006; entre otras).

(iii) Por las consideraciones expuestas, el agravio debe ser desestimado sin más, resultando innecesario ingresar a analizar el acierto sustancial del planteo.

3. Tampoco han de prosperar las críticas relativas a la procedencia de los rubros indemnizatorios que en la sentencia de grado se condenó a pagar a la demandada.

a. En lo que respecta a los salarios caídos devengados entre la fecha del despido y el dictado de la sentencia, el tribunal declaró su procedencia como consecuencia de la decretada nulidad del despido, en la inteligencia de que, de conformidad a lo que establece el art. 1056 del Código Civil, los actos anulados producen los efectos de los actos ilícitos, cuyas consecuencias dañosas deben ser integralmente reparadas (sent., fs. 662).

La recurrente cuestiona este aspecto de la

sentencia con base en los siguientes argumentos:

(i) La condena al pago de salarios caídos es consecuencia de la nulificación del despido sustentada en el art. 1 de la ley 23.592, por lo que la improcedencia de la aplicación de dicho cuerpo legal "arrastra tal resarcimiento" (fs. 688).

(ii) Tal decisión resulta violatoria de la doctrina legal de esta Corte, en cuanto tiene dicho que "*La ruptura unilateral sin causa del contrato de trabajo origina la obligación de pagar las indemnizaciones previstas en la ley, las que comprenden todos los perjuicios causados al trabajador por el despido. En este supuesto la ley presume -sin admitir prueba en contrario- la existencia -y su entidad- del daño material y moral padecido por el dependiente con motivo de la extinción del vínculo, para establecer en consecuencia -en forma tarifada- el quantum de la correspondiente reparación*" (conf. causa L. 84.809, "Sosa", sent. del 7-III-2007, entre otras que cita a fs. 688 vta.).

El primer argumento debe ser desestimado en virtud de lo resuelto en el ap. III. 2. b. de este voto, en el que se confirmó la decisión del tribunal de declarar aplicable al caso la ley 23.592.

Siendo ello así, la crítica no resulta atendible, toda vez que -sin perjuicio de que la recurrente no ha

cuestionado la conclusión del tribunal relativa a las consecuencias que se desprenden de la anulación de los actos jurídicos, de conformidad a las normas del Código Civil- el art. 1 de la ley antidiscriminatoria establece de manera expresa que el autor será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio y a *reparar el daño moral y material ocasionado*, consagrando así el principio de la reparación integral de los daños derivados de los actos discriminatorios.

Igualmente inatendible resulta el agravio concerniente a la violación de la doctrina legal, toda vez que ésta ha sido elaborada en relación a la norma del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que no es aplicable a los despidos discriminatorios a tenor de lo señalado en el ap. III. 2. d. (ii) de este voto.

b. Tampoco prospera el agravio relativo al resarcimiento del daño moral.

(i) El tribunal de origen declaró la procedencia del rubro mencionado. Destacó que, al proceder a despedir a la actora en las condiciones acreditadas en autos, la accionada incurrió en un acto ilícito, quedando de ese modo configurada su responsabilidad civil extracontractual, no albergando dudas en cuanto a los padecimientos que sufrió aquélla al verse privada de la fuente de trabajo en las condiciones verificadas en autos. Preciso, asimismo, que la

actitud de la Cooperativa demandada de despedirla en el contexto analizado, significó una ofensa encubierta a la honra y la estima de la trabajadora, máxime considerando que era el único sostén suyo y de su hija menor de edad (fs. 663 y vta.).

(ii) La vencida cuestiona ese fragmento de la decisión. Sin perjuicio de insistir en que tales daños se encuentran cubiertos por la indemnización tarifada ya percibida por la accionante, destaca que el **a quo** incurrió en absurdo y violación del principio de congruencia al computar, como pautas relevantes, el menoscabo de la honra y la estima de aquélla, en tanto tales circunstancias no fueron invocadas en el escrito de inicio como fundamento del reclamo por daño moral (fs. 688 vta./689).

(iii) La crítica es ineficaz para conmover lo decidido.

De un lado, cabe reiterar que, en tanto revistió carácter discriminatorio, el despido de la accionante desborda los estrechos límites del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo para instalarse en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, en cuyo ámbito se admite expresamente la reparación del daño moral derivado del acto discriminatorio (art. 1, ley 23.592).

Tanto es ello así que, en la causa Ac. 81.611, "M., H.A." (sent. del 24-V-2006), esta Corte hubo de

revocar la sentencia que había desestimado la demanda dirigida a obtener la reparación del daño moral derivado de un acto discriminatorio, haciendo lugar a tal pretensión con fundamento en el art. 1 de la ley 23.592. Tal como lo precisé al emitir mi voto en ese precedente, configurado el acto discriminatorio con grave detrimento del respeto que toda persona merece por el solo hecho de serlo, el obrar jurídicamente reprochable resulta causa de la obligación de indemnizar el agravio moral ocasionado, de conformidad a lo que establecen los arts. 1 de la ley 23.592 y 902, 903, 904, 1068, 1071 y 1078 del Código Civil (conf. párrafos 4° y 6° de mi voto en la causa Ac. 81.611, cit.).

Siendo ello así, el argumento de que el daño moral quedó cubierto por la tarifa prevista en la Ley de Contrato de Trabajo debe ser desechado sin más.

Del otro, no acierta la recurrente en cuanto denuncia absurdo y violación del principio de congruencia.

En efecto, es doctrina reiterada de esta Suprema Corte que el reconocimiento y resarcimiento del daño moral es una cuestión privativa de los jueces ordinarios que depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual *basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión*, no requiriendo prueba específica alguna, desde que debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño **in re ipsa**- siendo al

responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (conf. causas L. 60.380, "Ponce", sent. del 20-VIII-1996; L. 68.635, "Godoy", sent. del 26-X-1999; Ac. 74.338, "Mac Kenzie", sent. del 31-X-2001; Ac. 82.369, "Moyano", sent. del 23-IV-2003; C. 95.646, "Díaz", sent. del 7-V-2008; C. 94.847, "Paz", sent. del 29-IV-2009, entre muchas).

Luego, resultando que, más allá de los argumentos complementarios que esgrimió para fundar ese aspecto del decisorio, el juzgador de grado acogió -en ejercicio de esa facultad privativa- el reclamo por daño moral al juzgar configurada la responsabilidad civil extracontractual de la accionada como consecuencia del despido discriminatorio, aclarando que no albergaba dudas respecto de los lógicos padecimientos que sufrió la accionante al verse privada de la fuente de trabajo en las condiciones que se verificaron en autos (sent., fs. 663 vta.), debe permanecer firme lo resuelto en la instancia, desde que la recurrente no sólo no alcanza a rebatir eficazmente las razones blandidas por el **a quo**, sino que tampoco ha invocado -ni mucho menos demostrado- la existencia de una situación que excluya objetivamente la posibilidad de que la actora haya sufrido perjuicios extrapatrimoniales como consecuencia del grave acto discriminatorio del que resultó víctima.

En tal contexto, resulta irrelevante para modificar lo resuelto el hecho de que, una vez explicitado su convencimiento relativo a la existencia del daño moral, el juzgador hubiera computado, adicionalmente, argumentos que no fueron invocados en la demanda para fundar la procedencia del resarcimiento de dicho rubro.

IV. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario traído y confirmar la sentencia atacada en cuanto fue materia de agravio.

Costas a la recurrente vencida (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **de Lázzari**, por los mismos fundamentos expuestos por el señor Juez doctor Negri, votó también por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega doctor Negri, con excepción de los párrafos primero del punto III.2.c.(i) y tercero del III.3.b.(iii).

Voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. Adelanto mi adhesión a la propuesta decisoria que el colega de primer término sustenta en su voto,

permitiéndome agregar las consideraciones y precisiones que a continuación expongo.

II. LA CUESTIÓN A RESOLVER.

1. En primer lugar, tal como fuera expresado en el mencionado sufragio, se impone señalar que llegan firmes a esta instancia las circunstancias de modo, tiempo y lugar del despido cursado por la empleadora.

Bajo el mismo estado procesal, por no suscitarse controversia alguna a su respecto, se presentan las motivaciones del distracto -su causa-, constituidas por la acción de daños y perjuicios entablada por la trabajadora contra su empleadora aquí accionada, como consecuencia de la muerte de su esposo, quien, igualmente, era empleado de la demandada, adecuándose tal situación a lo que se conoce como un "despido en represalia".

2. A su vez, advierto que el remedio procesal en examen no contiene agravio alguno sobre el carácter discriminatorio asignado en origen al despido en cuestión, no obstante plantear el quejoso la violación del art. 1° de la ley 23.592, que define -precisamente- el acto discriminatorio.

Al respecto, nótese que todos los cuestionamientos del recurrente están proyectados sobre la aplicación de la mencionada ley a la relación individual de trabajo, como asimismo, a la colisión que ello entraña -en

su criterio- con el *régimen de estabilidad impropia* que caracteriza a esa rama del derecho.

Del mismo modo, los embates vinculados con la *reinstalación del actor a sus labores*, ordenada en el decisorio atacado como consecuencia de la norma aludida, lejos de discutir el carácter discriminatorio del despido, se circunscriben a denunciar un *conflicto entre derechos fundamentales*, a partir de la tensión que se genera con los *derechos de libertad de industria y contratación*.

3. Por tales razones, en dichos tramos, la decisión habrá de permanecer firme y ajena, por ende, al ámbito de análisis del recurso extraordinario traído, pues la casación se encuentra ceñida a los márgenes propuestos por el contenido de la concreta impugnación formulada contra el fallo (conf. causas L. 78.959, sent. del 27-II-2002; L. 76.470, sent. del 18-VI-2003; L. 77.049, sent. del 17-VII-2003; L. 87.394, sent. del 11-V-2005).

4. Establecidos así los fundamentos del fallo, que son insusceptibles de conocimiento en esta instancia, la cuestión a resolver queda encorsetada en determinar si la ley 23.592 resulta aplicable a la relación de trabajo regulada en el derecho privado y, en particular, al vínculo laboral objeto de estas actuaciones.

Asimismo, el tema a decidir promueve una definición sobre si una de las reparaciones dispuestas en

origen en base a tal normativa -esto es, la reinstalación- resulta compatible con el sistema de estabilidad impropia que se regula en el derecho laboral, debiendo ponderarse, en dicho tránsito, la tensión o conflicto con los derechos a la libertad de contratar y ejercer industria lícita, que la empleadora demandada señala como violentados con tal proceder.

5. Finalmente, teniendo presente que, tal como será expuesto más adelante, están en juego los alcances de distintos *principios y libertades fundamentales*, la cuestión aquí en tratamiento trasciende al derecho interno, abriéndose a la dimensión del *derecho internacional de los derechos humanos*. En tal sentido, se impone un juicio sobre los sistemas y derechos aquí en pugna, imbuido desde la óptica de la *obligación internacional que cabe a los Estados en orden a garantizar el principio de igualdad jurídica y no discriminación*, consagrado en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con el alcance que se ha dado a ello en los organismos regionales pertinentes.

III. JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

1. Que sobre las cuestiones antes aludidas se ha expedido el máximo Tribunal de la Nación en la causa A. 1023. XLIII, "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.

s/ Acción de amparo", fallada el 7-XII-2010.

El alto Tribunal consideró procedente la aplicación de la ley antidiscriminatoria 23.592 a la relación de trabajo privada, enfocando la cuestión a través del *principio de igualdad y prohibición de discriminación*, cuyos alcances fueron cubiertos bajo la luz del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos.

En punto al conflicto entre derechos fundamentales antes aludido, se ponderó que *la reinstalación del trabajador víctima de un despido discriminatorio es compatible con el derecho a contratar y ejercer industria lícita* previsto en el art. 14 de la Constitución de la Nación.

2. La Corte apuntó ese parecer con las siguientes líneas argumentales:

i) Ubicando las cuestiones antes señaladas en el terreno del *derecho constitucional de los derechos humanos*, se consideró que su examen y solución confluyen en una indagación sobre el contenido del *principio de igualdad y prohibición de discriminación* y el fundamento de éste, la *dignidad de la persona humana*, para luego evaluar su proyección, tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar "... mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y

jurisprudencial..." (cons. 3º, primer párrafo).

ii) En tal esquema y luego de destacar la profundización que tuvo el *principio de igualdad y prohibición de toda discriminación* en nuestra Constitución nacional, a través de la incorporación -en el art. 75 inc. 22- de los distintos instrumentos integrantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* que cita, junto con lo dispuesto por el Convenio 111 de la O.I.T. sobre "Discriminación en materia de Empleo y Ocupación" y en seguimiento de la Opinión Consultiva 18/03 -*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*- adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -que será analizada en profundidad más adelante- el alto Tribunal estableció que tal postulado se eleva y pertenece al orden del **ius cogens** (cons. 3º, párrs. 2 y 3; cons. 4º, párrs. 1 y 2).

iii) Dimensionada así la cuestión y luego de señalar las notas de *imperatividad* y los efectos ***erga omnes*** que conforman al *derecho de gentes*, la Corte de la Nación señala que el *principio de igualdad y prohibición de toda discriminación* resulta "... uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un

valor absoluto del cual nadie puede desviarse..." (cons. 4º, párrs. 2 y 3).

iv) Luego de este posicionamiento sobre la temática y ya en perspectiva de las cuestiones planteadas, relaciona tres órdenes de razones para descartar la tesis que pregona la inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, a saber:

a) Combinando una concepción material y finalista de la norma, se sostiene, mediante una argumentación en contrario, que *nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique que la misma no deba aplicarse a la relación de trabajo*.

b) a su vez, ya con decidida convicción sobre el ámbito de aplicación de la prohibición en cuestión, con cita de un voto del juez García Ramírez (C.I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 20) se expresa que "... la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos...".

c) En tercer lugar, se integra el razonamiento con el ámbito propio del derecho laboral, vislumbrando desde allí la sustantividad especial del vínculo que se genera en tal orden y la razonabilidad de enfocar el mismo desde las normas que prohíben la discriminación.

Así, sistematizando este argumento con un precedente en materia de salario (C.S.J.N., "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.", Fallos 332:2043), se considera que *la norma sobre discriminación es apropiada y necesaria para la relación laboral*, en razón de la especificidad que distingue a la misma de muchos otros vínculos jurídicos, teniendo para ello presente que la prestación del trabajador -una de las partes de la relación- está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, **per se**, inseparable de la persona y, por lo tanto, de su dignidad (cons. 6º).

v) En punto a los cuestionamientos relacionados con la colisión entre derechos fundamentales, como fuera anticipado, la Corte federal sostuvo, luego de una ponderación de los derechos en pugna, que no puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución nacional.

Pueden destacarse los siguientes fundamentos expresados al respecto:

a) la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (**restitutio in**

integrum) de los daños irrogados. Con cita de la obra de Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, se señala que "El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos" (cons. 8º, primer párrafo, parte primera).

b) Con el apoyo de una opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de la interpretación del art. 6 de la Directiva 76/207/CEE (9-II-1976) -por la cual los Estados Miembros debían introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerara perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional- se señaló que dicho tribunal entendió que ello requería "medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada", que debían "garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario", enfatizándose que,

en el supuesto de un despido discriminatorio (art. 5.1 de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presentaba cuando la persona discriminada "recupera su puesto de trabajo" (cons. 8º, primer párrafo, parte segunda).

c) A través de una interpretación evolutiva y signada en el principio **pro homine**, se resalta que "... sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que 'la protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación" (cons. 9º, párr. primero).

d) Con el apoyo de la doctrina elaborada por el cimero Tribunal en distintos fallos, cuyas consideraciones generales conforman un *bloque de protección del trabajador erigiéndolo como un sujeto de "preferente tutela"* (C.S.J.N., "Vizzoti"; "Aquino"; "Arostegui"; "Bernald"), se argumentó que "... admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los

Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad..." y que "... no es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los de libertad de contratar e industria lícita. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (cons. 10º, segundo párrafo).

3. Dicho fallo, a la vez que marca la apertura jurisprudencial de la Corte de la Nación sobre las cuestiones aquí en tratamiento -"leading case"-, se erige en doctrina judicial sobre el tópico. Esta última aseveración queda ratificada en un fallo dictado el mismo día, en el que, no obstante no aplicarse las directrices de la resolución analizada, se deja establecido que fueron las circunstancias de tal expediente las que "... impedían proyectar la doctrina elaborada en la causa A. 1023.XLIII, 'Alvarez'...", expresión esta que no deja margen de duda sobre la condición de jurisprudencia asignada a tal precedente. Nótese que ello fue resuelto por la unanimidad de los integrantes del mencionado cuerpo, incluidos

aquellos magistrados que votaron en disidencia en el antecedente de referencia (C.S.J.N., P. 1697. XLI, "Pellejero, María Mabel s/Amparo s/ Apelación", fallada el 7-XII-2010).

IV. PAUTAS ESTABLECIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA 18/03 -CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS-.

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva de referencia, precisamente, en una causa donde se consultó sobre la privación del goce y ejercicio de derechos laborales respecto de ciertos trabajadores que tenían la condición de migrantes y la compatibilidad de ello con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad y no discriminación consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, ha establecido de manera muy clara -en el contexto de desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos- la pertenencia de tales principios al dominio del **ius cogens**, señalando, asimismo, las obligaciones que se generan como consecuencia de ello, sobre todo frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna.

2. Al respecto pueden destacarse los siguientes

lineamientos, ordenados de la manera que sigue:

2.1. La igualdad y la no discriminación como principio de ius cogens.

(i) Destacándose la circunstancia de que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en numerosos instrumentos internacionales, se deduce que ello "... es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico..."¹ (Párr. 86).

¹ Los instrumentos internacionales que se citan son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

(ii) Enfatizándose que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno (párr. 88), se establece que tal principio "... impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias..." (párr. 100).

(iii) Como consecuencia de ello se considera -como antes dije- que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al **ius cogens** "... puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición..." (párr. 101).

2.2. Obligaciones y efectos jurídicos. Responsabilidad internacional de los Estados.

2.2.1. Definido el ingreso del principio de igualdad y no discriminación al dominio del **ius cogens**, se señalan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas para los Estados, con la consecuente responsabilidad internacional en casos de incumplimientos, ya sea por una actuación suya directa o una omisión, o bien, de manera indirecta, por la acción u omisión de particulares.

2.2.2. En tal esquema, los Estados deben:

(i) Abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación **de iure o de facto** (párr. 103).

(ii) Adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas, pudiendo establecerse solamente distinciones objetivas y razonables, cuando se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona (párrs. 104 y 105).

2.2.3. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado (arts. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica) y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párr. 106).

2.3. Responsabilidad del Estado por actos u omisiones de particulares en el ámbito de las relaciones laborales.

2.3.1. En el terreno de un vínculo laboral regido por el derecho privado, se establece que la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan

efectos en relación con terceros (**erga omnes**). "... Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares..." (párr. 140).

2.3.2. En tal orden se afirma que un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que, inicialmente, no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear -no obstante- la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención (párr. 141).

2.3.3. Ya definiendo el ámbito de actuación de la mentada responsabilidad se argumenta que, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador), el Estado no debe tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos. "... El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales..." (párr. 148).

2.3.4. A su vez, perfilando la cuestión en la órbita del derecho laboral, en su sustantividad propia, el mencionado Tribunal Interamericano destaca que esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, regla que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, "... los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores..." (párr. 149).

3. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade.

Finalizando el análisis de esta opinión consultiva, considero de mucha utilidad, a fin de asentar una idea más acabada de los alcances de la misma, dejar expuestos algunos pasajes del voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade.

3.1. En la idea de dar una ubicación y con ello un sentido y alcance, en la perspectiva de la evolución del derecho, el mencionado juez expresa que la adecuación que la Opinión Consultiva 18/03 hiciera del caso tratado, en cuanto a su abarcamiento por la categoría de derecho de gentes, debe partir del *reconocimiento universal de la necesidad de situar a los seres humanos en el centro de todo proceso de desarrollo*, alentado en distintas conferencias internacionales sobre discriminación de reciente dictado. Se razona que todo ello no ha hecho más que consolidar el reconocimiento de "la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con las violaciones de derechos humanos en todas partes y en cualquier momento", conformando ello lo que se conoce como "*conciencia jurídica universal*" (Párr. 22 y 23).

3.2. Con remisión a una opinión anterior, se sostiene que la existencia de una conciencia jurídica universal (correspondiente a la **opinio juris communis**) constituye la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el *derecho de gentes*, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual (párr. 25).

A partir de ahí, expresa que "... urge buscar la reconstrucción del *derecho de gentes*, en este inicio del siglo XXI, con base en un nuevo paradigma, ya no más

estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo. La existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu, fue el punto de partida..." (Párr. 26).

3.3. Haciendo un parangón entre los ideales que inspiraron a los padres del **ius cogens** y las preocupaciones de la época actual, se señala que "aunque se trate de dos escenarios mundiales diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, o sea, la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) cuanto a los seres humanos (el derecho de gentes), de conformidad con ciertos patrones universales de justicia, sin cuya observancia no puede haber paz social. Hay, pues, que empeñarse en un verdadero retorno a los orígenes del derecho de gentes, mediante el cual se impulsará el actual proceso histórico de humanización del Derecho Internacional" y que "... La emergencia y consagración del **jus cogens** en el Derecho Internacional contemporáneo [...] constituyen, a mi modo de ver, una manifestación inequívoca de este despertar de la conciencia jurídica universal" (Párr. 27 y 28).

3.4. En cuanto a los alcances del derecho de gentes, se afirma, luego de destacar sus orígenes y

formato en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986), que "... el dominio del jus cogens, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general. Además, el jus cogens, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación (Párr. 68)".

3.5. En tal esquema y en referencia a la incidencia en relación a la responsabilidad internacional de los Estados, se sostiene que "... El concepto de jus cogens efectivamente no se limita al derecho de los tratados y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados [...] En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el jus cogens revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal..." (Párr. 70).

3.6. A su vez, se indica que "... A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio, de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales y de desaparición forzada de personas, -prácticas éstas que representan crímenes de lesa-humanidad- condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados..." (Párr. 71).

En tal sentido, se señala que el reconocimiento del carácter de ***jus cogens*** del principio fundamental de la igualdad y la no discriminación, indica que la ilegalidad objetiva no se limita a los actos y prácticas anteriormente mencionados. Ello atento a que, como se dijera, el derecho de gentes no es una categoría cerrada sino abierta ante actos que igualmente afrentan la conciencia jurídica universal y efectivamente colisionan con las normas perentorias del ***jus cogens***, expresándose que "... Toda esta evolución doctrinal apunta en la dirección de la consagración de las obligaciones erga omnes de protección [...]. Sin la consolidación de dichas obligaciones poco se avanzará en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos..." (Párr. 72).

V. APLICACIÓN DE LAS PAUTAS Y ESTÁNDARES ANALIZADOS. CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y VALOR DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

1. Que las consideraciones elaboradas por los organismos de referencia resultan, desde distintos niveles de incidencia en cuanto a su fuerza vinculante, una pauta de insoslayable referencia e ineludible aplicación para el juzgador, abarcando de manera integral, las soluciones de los distintos interrogantes que conforman la cuestión a resolver en esta causa, que fueran fijadas al principio.

2. En relación a los argumentos desplegados por la Corte de la Nación, que fueran analizados antes en profundidad, los mismos resultan, en mi parecer, enteramente aplicables a la situación de autos, teniendo carácter vinculante (conf. causas B. 58.634, sent. del 12-IX-2001; Ac. 85.566, sent. del 25-VII-2002; L. 75.144, sent. del 26-II-2003; Ac. 86.221, res. del 19-III-2003; Ac. 86.648, res. del 27-VIII-2003; Ac. 89.988, res. del 1-III-2004; Ac. 91.478, sent. del 5-V-2004, entre muchas otras).

3. A su vez, en perspectiva de asignar valor a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en dicho tránsito, mensurar la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas por tal organismo en

ejercicio de la competencia consultiva asignada en el Pacto de San José de Costa Rica, puede aseverarse a esta altura de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin hesitación, que, si bien tales opiniones no son "obligatorias" en un sentido estricto, *su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte*² y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser jurisdiccional³, teniendo por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos⁴.

Ya en tiempo reciente, estas apreciaciones se ven confirmadas en tanto el órgano interamericano ha manifestado "... el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo..." y que ello constituye "... un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano [...] Con ello se auxilia a los Estados y órganos en la aplicación de

² DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OEA, Washington, 1980, p. 123.

³ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", en "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", IIDH, Costa Rica, p. 168, nota 9.

⁴ Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, párr. 25.

tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso..."⁵.

VI. DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y EL DEBER DE LOS JUECES DE ADAPTAR EL DERECHO INTERNO AL TRASNACIONAL.

1. Ubicada como ha sido la cuestión en el terreno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la dimensión del *ius cogens*, queda clara la apertura a una idea que recepta una sociedad integrada por todos los hombres que habitan el universo y la existencia de un derecho que le es consustancial, afincado en la dignidad del ser humano en cuanto tal y de nivel más elevado que el de cualquier Estado en sus relaciones internas e internacionales.

Es un aspecto por demás conocido, que el *derecho de gentes* se integra con la costumbre, la tradición, la doctrina, los principios generales del derecho, los tratados y las convenciones; aspectos todos estos que, de manera progresiva, se integran en un largo proceso histórico -con todas las complejidades contextuales que ello tiene ínsito- en donde las distintas prácticas del

⁵ Opinión Consultiva, OC-19/05, del 28 de noviembre de 2005, "Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos) Serie A: Fallos y opiniones N° 19, párr. 18.

derecho van construyendo y perfilando su contenido y sus reglas de eficacia, "... desplegando una pantalla protectora para el ser humano en cualquier lugar donde se encuentre..." (conf. mis votos en las causas Ac. 59.680, "Piccinelli", sent. del 28-IV-1998; Ac. 68.053, "S., A. M.", sent. del 7-VII-1998; Ac. 68.872, "B., C. J.", sent. del 1-IX-1998).

2. En tal esquema, surge palmaria la cuestión atinente a la *responsabilidad del Estado por la violación de los derechos y libertades fundamentales*, a partir de los distintos incumplimientos que puedan producirse, ya sea por acción u omisión, propia o de terceros con su aquiescencia o tolerancia, respecto de sus deberes como miembro de la comunidad universal (al respecto, ver mis votos en las causas L. 88.775, "E., E. E.", sent. del 23-III-2010; L. 93.122, "Sandes", sent. del 5-X-2011).

3. Como es sabido, la responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se encuentra receptada positivamente en los arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica. El primero de ellos establece que los países se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a garantizar su libre y pleno ejercicio; en tanto que la segunda norma prescribe que si los derechos y libertades mencionadas no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro

carácter "... los Estados se comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...".

En este aspecto no debemos olvidar que, según dicho Tribunal Internacional, para cumplir con el mandato del aludido art. 2 es necesario: 1) el dictado de normas y 2) el desarrollo de prácticas conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el pacto de marras. Por ello resulta obligatorio suprimir los preceptos y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías previstas en la Convención⁶.

4. Como consecuencia natural de todo ello, los Estados deben respetar y garantizar el cumplimiento de sus deberes y, si quedara algún vacío tutelar, deben adoptar los mecanismos pertinentes para llenar tal vacío. "Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del **effet utile**), para lo cual el Estado debe 'adaptar' su actuación

⁶ Cf. Caso Yatama Vs. Nicaragua; Sentencia del 23 de junio de 2005; Serie C Nº 127, párrs. 120 y 170. Caso Caesar; Sentencia del 11 de marzo de 2005; Serie C Nº 123; párr. 91. Caso Lori Berenson Mejía; Sentencia del 25 de noviembre de 2004; Serie C. Nº 119, párr. 219. Caso "Instituto de Reeducción del Menor"; Sentencia del 2 de septiembre de 2004; Serie C Nº 112, párr. 206; y "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados". Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A Nº 18, párr. 101. párr. 78.

a la normativa de protección de la Convención"⁷.

5. Entre otros deberes de la función de garantía aludida, se destaca aquél consistente en aplicar las disposiciones de derecho interno con adecuación a las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional: *deber general del Estado de 'adecuación' a las disposiciones transnacionales*⁸.

Ello determina la existencia en el *derecho de gentes* de una regla consuetudinaria, que dispone que un país que ha celebrado un tratado deba amoldar su preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Como dice la Corte I.D.H., esta disposición es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia como un *principio evidente*⁹.

6. Bajo tal esquema, queda establecida una necesaria relación de correspondencia entre la *exigencia internacional de realizar acciones positivas para evitar y sancionar la violación de derechos humanos* y la actividad funcional del Estado, tanto en la órbita de la legislación, a través del dictado de normas generales, como también en

⁷ Cf. Corte I.D.H., Caso Yatama vs. Nicaragua, cit., párr. 170; Caso Berenson Mejía, cit., párr. 220; Caso "Instituto de Reeducción del Menor", cit., párr. 205 y caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 142.

⁸ Cf. Corte I.D.H., Caso "Instituto de Reeducción del Menor" (cit.), nota 135; caso Bulacio (cit.), párr. 205.

⁹ Cf. Corte I.D.H., Caso Almonacid Arellano. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, nota 6, párr. 117; Caso "Instituto de Reeducción del Menor" (cit.), par. 205; caso Bulacio (cit.), párr. 140.

el ámbito de la justicia, por medio de la interpretación que, de tales leyes, efectúen los jueces que integran tal poder del Estado.

7. Centrando lo expuesto en la función que despliega el Poder Judicial, queda claro que, estando en juego los alcances de derechos y garantías fundamentales, la actividad interpretativa y argumentativa que realicen los jueces sobre los distintos casos sometidos a su conocimiento, a los fines de alcanzar el **effet utile** antes aludido, trasciende inexorablemente por los andariveles del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debiendo acompañar el modelo interno con el transnacional, "acatando" y haciendo "acatar" los preceptos internacionales¹⁰. De lo contrario, ello podría originar

¹⁰ Al respecto, vale señalar que la Corte Interamericana ha manifestado que, a fin de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mensurando no solamente el tratado sino también la interpretación que de ellos efectúe la Corte Interamericana como última interprete de la Convención (Cf. Corte I.D.H.; Caso La Cantuna vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162; Voto Juez García Ramírez, párr. 173; Caso Almonacid Arellano, cit., nota 6, párrs. 123 a 125). En tal orden de pensamiento ha manifestado la Corte Interamericana que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de las normas legales y, en consecuencia, obligados a aplicar las disposiciones domésticas. Empero, si un gobierno ha ratificado una regla internacional como -por ejemplo- la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por las leyes contrarias a su objeto y fin y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En este sentido, no sólo se debe abordar el "control de constitucionalidad" de las normas, sino que también se tiene que ejercer el denominado "control de convencionalidad", expresión utilizada por primera vez en el caso

injusticias en los pleitos, generando responsabilidad internacional del país por actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes¹¹.

8. Llevando este esquema al caso aquí en tratamiento, se advierte que las cuestiones que se le presentan al juez, en pos de realizar la mentada tarea de amoldamiento del derecho vigente, no se abren, estrictamente, a un *juicio de compatibilidad* entre una norma interna respecto de otra de carácter internacional, bajo la consabida obligación de garantizar el principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, tampoco estamos en presencia de un supuesto de *vacío legal o tutelar* respecto de una exigencia internacional de protección de derechos fundamentales -laguna-, que amerite una decisión a partir de la omisión

"Myrna Mack Chang" (2003) de la C.I.D.H., en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez y, posteriormente, en el caso "Almonacid Arellano" (2006) por la Corte en pleno, ya que este último tipo de inspección no es exclusivo de los organismos internacionales sino, como ya dije, también se encuentra a cargo de los jueces de cada país; en el caso del nuestro, de todos los de cualquier fuero y jerarquía, dado el carácter difuso del sistema de contralor, admitiéndose la posibilidad de efectuarlo aún **ex officio** (véase Rey Cantor, Ernesto, Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Porrúa, México, 2008, pp. 68, 69, 70, 71 y ss.).

De mi parte agrego que está en juego aquí el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Como dijera, el Judicial, como Poder del Estado, está obligado a "acatar" y "hacer acatar" los preceptos internacionales y estos deberes son quizá más fuertes que los del Ejecutivo y los del Legislativo, por ejercer aquél el control de los controladores (**custodit ipso custodit**).

¹¹ Cf. caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C. Nº 134, párr. 111.

sobre tales obligaciones, entrando ello en la órbita de lo que se conoce como *Responsabilidad Internacional por Omisión*.

9. Antes bien y dada la existencia de una norma interna específica, receptora de los supuestos típicos de discriminación y de las reparaciones pertinentes en tal situación, la cuestión que se le presenta al juez en la perspectiva aquí abordada -responsabilidad internacional del Estado-, se erige en una *tarea de sistematización*, a partir de una hermenéutica que pondere el ordenamiento interno en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, con los alcances señalados, todo lo cual, en nuestro caso, puede condensarse en el siguiente interrogante: ¿Es la aplicación efectiva del art. 1° de la ley 23.592 a la relación individual de trabajo un deber para la jurisdicción, a partir de su obligación, como poder del Estado, de adaptar o adecuar -dentro de sus límites competenciales- la legislación interna a la trasnacional, a fin de ajustar el ordenamiento jurídico nacional a las exigencias de ésta?

Como contracara de esto último, emerge esta otra cuestión consustancial: ¿la no aplicación de la legislación en cuestión, puede representar un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por incumplimientos de sus obligaciones en la protección del

principio de igualdad y no discriminación?

10. Así ordenado el asunto -teniendo presente las pautas y estándares elaborados a nivel local y regional que fueran analizados, la fuerza vinculante y el valor de tales instrumentos a los fines de la interpretación judicial, a mi entender, *no queda ningún margen de duda para sostener que cualquier razonamiento contrario a la aplicación de la ley antidiscriminatoria 23.592 a la relación individual de trabajo, asentado en principios, sistemas o normas del orden y jerarquía que fueren, más allá de la razonabilidad que puedan guardar en el sistema o política interna de un país, lo cierto es que se contraponen y entran en colisión con el deber de garantizar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, pudiendo generar ello, en su caso, la consecuente responsabilidad internacional del Estado argentino.*

Además, tal tesis contraria, también bajo el crisol de los fundamentos considerados, genera una situación paradójica que a la postre también puede implicar responsabilidad internacional bajo los mismos argumentos reseñados.

Así, frente a las claras directrices internacionales, receptadas por la jurisprudencia local, que dispensan al trabajador una "tutela preferente" (en razón de la especificidad de la relación laboral -en cuanto

tiene por objeto el esfuerzo humano y, en tal esquema, la dignidad de la persona- y por resultar éste la parte más débil del vínculo contractual), los argumentos para restringir la aplicación de la ley antidiscriminatoria a su respecto, se enarbolan -y aquí está la paradoja-, en la misma condición de trabajador, justificándose, desde tal proposición, la aplicación de un sistema especial que no puede armonizarse con la ley en cuestión. Es decir que, para esta posición, la situación de trabajador es una circunstancia de razonable exclusión de aquellas normas que prevén la prohibición de discriminación, todo lo cual encierra -evidentemente- un esquema argumental que, lejos de adecuarse a la exigencia internacional, se inscribe en un escenario regresivo a los derechos de éste, pudiendo provocar un incumplimiento de las obligaciones a las que el Estado se ha comprometido como miembro de la comunidad internacional.

VI. REFLEXIÓN FINAL.

De conformidad con lo considerado hasta aquí y a modo de síntesis, puede aseverarse que, a los fines de establecer y justificar la aplicación de la ley 23.592 a la relación individual de trabajo, se entrecruzan razones proyectadas con el impulso hacia *la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos* -reconocida en distintos textos internacionales-, mediando el *principio*

pro homine. La situación del trabajador como sujeto de "preferente tutela" frente al *principio de igualdad y no discriminación*, en la dimensión del **ius cogens**, junto con argumentos que involucran, nada más y nada menos, la potencial *responsabilidad internacional del Estado* por incumplimiento de su obligación de protección y garantización de tal principio, todo lo cual, en nuestro caso, queda resguardado a través de la actividad jurisdiccional de adaptación del derecho interno al internacional, mediante la aplicación, a la relación de autos, de la norma específica vigente en nuestro país en materia de discriminación.

VII. Por lo expuesto, debe rechazarse el recurso deducido, reiterando mi adhesión al voto del doctor Negri, con los alcances que fueran explicitados, dando mi voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero al voto del doctor Negri y, en todo lo que resulta pertinente en atención a las circunstancias expuestas por el colega -especialmente en lo relativo a la aplicación de la ley 23.592 en el ámbito de las relaciones de trabajo-, me remito a lo que declararé al votar en primer término en la causa L. 97.804, "Villalba", sent. del 22-XII-2010.

En consecuencia, reiterando mi adhesión, voto también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído; con costas (art. 289, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

HECTOR NEGRI

JUAN CARLOS HITTERS

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

GUILLERMO LUIS COMADIRA

Secretario