

1. Aclaración previa. 2. El despido. 3. El derecho fundamental del ciudadano trabajador a no ser discriminado. 4. La carga de la prueba en el despido discriminatorio.

1. ACLARACIÓN PREVIA

Asumo con alegría y respeto la tarea de aportar algunas reflexiones sobre el despido discriminatorio en el marco de este merecido homenaje a Moisés Meik.

El respeto está fundado no sólo en la enorme figura intelectual y ética del homenajeado, sino en el tópico que me atrevo a abordar. En efecto, la insoslayable referencia al alcance del derecho al trabajo y de la estabilidad en el empleo de los trabajadores supone transitar un camino fecundamente recorrido por mi compañero y amigo. Me permito reproducir las palabras vertidas por el doctor Ricardo J. Cornaglia en un reciente comentario:

“...Protagonista de todos los últimos grandes debates que se dieron en el ámbito del laboralismo, (Meik) no deja de ser un autor muy reconocido por los especialistas, difícil de rastrear por cuanto su trabajo no ha interesado a la industria editorial, que se guía por sus propias leyes y poco hace por descubrir y afirmar los más genuinos valores del quehacer científico. Mucho se publica, pero poco de la valía de la pluma del nombrado”.

“Entre lo no publicado, pero que ha circulado entre los especialistas, se encuentra su tesis “La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad”, en la que advierte: “Los poderes públicos disponen de un solo medio para asegurar la efectividad del derecho al trabajo, entendido como derecho a conservar el empleo: a)condicionar la facultad empresarial de despedir a la presencia de motivos graves y b)arbitrar procedimientos que permitan al trabajador reanudar su actividad profesional si dichos motivos se demuestran insuficientes...”¹.

¹ Tesis doctoral inédita presentada por Moisés Meik en la Universidad de Castilla-La Mancha, España, en el curso de posgrado organizado con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina, en el cual nuestro homenajeado participara como docente invitado. Puede consultarse en el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la universidad precitada. CORNAGLIA, R.J., “La relación entre la discriminación y la anulación del despido”, *La Ley*, diario del 23/08/06, p. 9–10 y nota 10.

Con la aclaración expuesta, intentaré aportar algunas ideas para un debate que –al menos en la República Argentina– reviste singular relevancia.

2. EL DESPIDO

Con la lucidez que lo distingue, Antonio Baylos Grau advierte que se habla del despido como una variable de un conjunto de presupuestos ni jurídicos ni políticos, en el contexto de la producción y de la competitividad interempresarial. Añade el citado catedrático español que la regulación del despido es contemplada desde el punto de vista de su capacidad para favorecer o impedir la libertad de las empresas en reducir la plantilla de trabajadores a su servicio y que la relevancia que el despido tiene sobre los derechos o sobre la posición subjetiva del trabajador y su derecho fundamental a un puesto de trabajo, ha sido subvalorada en el discurso de los juristas. Se suele presentar el despido como “función” del poder empresarial y de su capacidad de gestionar los intereses de la unidad productiva.

De esta manera es posible afirmar que en esta forma de ver las cosas se está consolidando una cierta autoreferencialidad del poder unilateral de rescisión del contrato por parte del empleador. Esto supone que esta figura se reconduce a la lógica de la acción empresarial, y a sus exigencias de realizar un beneficio, puesto que es la empresa y su interés definido contractual y organizativamente quien “guía” la interpretación sobre las reglas del despido.

Nada hay que objetar a un discurso jurídico que mantiene como referencia exclusiva del mismo la unilateralidad del poder empresarial y su repercusión en la relación contractual individual que liga a trabajador y empresario, discurriendo de forma prioritaria por el examen de los esquemas contractuales orientados y en ocasiones degradados por el ejercicio del poder empresarial. Sin embargo, esta perspectiva no coloca en primer lugar las repercusiones que este tipo de regulación tiene en las posiciones de los trabajadores².

Si bien construida principalmente desde la experiencia española, la visión aportada por Baylos Grau resulta útil para la comprensión del “contexto” argentino. En especial, si se tiene en cuenta el énfasis puesto por la doctrina tradicional para descartar toda posibilidad de nulificar el despido incausado, injustificado o arbitrario con el latiguillo de la inexpugnable ciudadela de la libertad de contratación empresarial, y su pretendido correlato de la libertad de extinción de los contratos de trabajo.

En esta línea de pensamiento, se suele aludir al derecho del empleador de despedir incluso sin expresión de causa con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización.

² BAYLOS GRAU, A., “Por una (re) politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, Nº 12 (octubre–diciembre 2000), Editorial Bomarzo, Albacete, España, p. 10–11.

Es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López de los distintos modos de protección contra el despido arbitrario.

El célebre jurista distinguía al respecto tres sistemas: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido.

En virtud del primer modelo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido. Desde esta perspectiva, hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y sin embargo apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo. Este es el sistema general adoptado por el ordenamiento jurídico laboral argentino y al que algunos califican de estabilidad relativa impropia.

En el sistema de ineficacia la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo.

Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma individual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta son resultado de un acto complejo en el cual el empleador participa con su “iniciativa”, pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional³.

Más allá de la utilidad y pertinencia de la clasificación, lo relevante del aporte del Dr. Justo López es que el despido sin causa siempre constituye un acto ilícito, conclusión que comparto.

En el mismo sentido, señala Meik:

“...El primero de esos modelos (de “validez extintiva irreversible” del acto de despido pese a su ilicitud) podría ser considerado de ilicitud del despido injustificado con plena validez extintiva del acto, ya que sólo da lugar a la percepción por el trabajador de una indemnización pero que no le permite recuperar la titularidad del vínculo contractual. El despido es ilícito pero de eficacia extintiva. El acto injustificado es válido siendo ilícito; obliga a reparar sólo económicamente las consecuencias emergentes de su incumplimiento. La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto.”

“No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición,

³ LÓPEZ, J., “Despido arbitrario y estabilidad”, L.T. XXI-289 y ss.

el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito...”⁴.

Me parece que esta cuestión ha sido zanjada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente caso “Vizzoti” en los siguientes términos:

“...10) Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/5), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)”.

“Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el “derecho a trabajar” (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (v. Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon, 1998, pp. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado “inalienable de todo ser humano” en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a)...”⁵.

Es decir, el despido *ad nutum* es un acto ilícito violatorio de los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, y de la estabilidad en el empleo.

Agregaba Justo López:

“...El legislador constituyente no eligió (el sistema de protección contra el despido arbitrario); dejó la elección al legislador ordinario. La decisión a favor de un sistema o de otro es cuestión de política legislativa...De modo que el legislador constituyente al hablar de “protección contra el despido arbitra-

⁴ MEIK, M., op. cit. en nota 1.

⁵ C.S.J.N., 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A.”, considerando 10.

rio” no excluyó la llamada “estabilidad en sentido propio”; por el contrario, la incluyó como un posible modo de esa protección...”.

“...Se arguye en contra de la supresión del poder jurídico de “despido arbitrario” la libertad constitucional “de trabajar y ejercer toda industria lícita”, de “comerciar” y el derecho implícito en ella de la “libertad de contratación”.

“Debe observarse en primer lugar que, según el texto expreso del mismo art. 14 de la Constitución Nacional esas “libertades” o derechos se reconocen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”; y las normas constitucionales que reconocen otros derechos y otorgan otras garantías no tienen, por cierto, menor jerarquía que las leyes reglamentarias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó, frecuentemente, que no hay derechos absolutos –p. ej., con referencia al derecho de huelga– y eso vale, obviamente, lo mismo para los derechos antes mencionados”.

“Además, la constitucionalización de los “derechos sociales” implicó, indudablemente, la aceptación expresa de un cambio en la “dogmática” constitucional, que ya no cabría situar en la perspectiva de una concepción individualista del derecho y del estado. Desde esta perspectiva, corresponde considerar superada la concepción del estado de derecho individualista, no, precisamente, en tanto estado de derecho, sino en tanto individualista; ahora se suele hablar, por ejemplo, de un estado de bienestar, como concepción que completa –en el ordenamiento estatal– los “derechos individuales” con los “derechos sociales”, sin aniquilar aquéllos ni sacrificar a ellos estos últimos. En esta concepción se sitúa, ahora, sin lugar a dudas, la “parte dogmática” de la Constitución Nacional”.

“Esto no puede significar sino peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comerciar, contratar y descontratar, sin las que no sería ni siquiera concebible el moderno derecho del trabajo”.

“Es también indudable que en la nueva concepción que incorpora a la dogmática constitucional los “derechos sociales”, el despido desnudo o inmotivado merece una valoración negativa, sellada con la palabra “arbitrario”, a tal punto que entró en los propósitos del legislador constituyente la protección del trabajador contra él. Eso importa, necesariamente, una descalificación –en principio– de las antes mencionadas libertades (de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y descontratar), no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzcan al despido arbitrario. La intensidad de esa descalificación –según se dijo más arriba– queda sujeta al criterio “político” (de “política legislativa”) del legislador ordinario, pero, en principio, no excluye –no tiene por qué excluir– ninguno de los modos posibles de protección contra el despido arbitrario...”.

“...la supresión del poder jurídico de despedir arbitrariamente no ataca la libertad de descontratar...; lo único que ataca es el poder de derogar por acto unilateral inmotivado (arbitrario) lo que fue acordado bilateralmente...”⁶.

⁶ LÓPEZ, J., op. cit. en nota 3, p. 297–299.

Las consistentes reflexiones de Justo López resultan corroboradas y profundizadas luego de la reforma constitucional de 1994.

En efecto, sin perjuicio del acrecentamiento del catálogo de derechos sociales, generado especialmente por las declaraciones y pactos de derechos humanos constitucionalizados, el material normativo incorporado incluye un arsenal principista de notable importancia al momento de juzgar la constitucionalidad de la conducta positiva y omisiva de los poderes públicos y de evaluar las pretensiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales.

El referido arsenal principista implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y concs., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.)⁷.

En esta línea se inscribe el considerando 10) de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Vizzoti” mencionada precedentemente.

Asimismo, y en lo específicamente vinculado al contenido y alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitrario, al trabajo, o más genéricamente a la estabilidad del trabajador en el empleo, resulta relevante la regulación contenida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Organización de Estados Americanos en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

Este ordenamiento internacional de derechos humanos, también denominado “Protocolo de San Salvador”, fue aprobado por la ley 24.658, sancionada y promulgada con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El art. 6 del Protocolo de San Salvador dispone en lo pertinente:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada...”.

A su vez, el art. 7 del citado ordenamiento jurídico internacional reza en lo pertinente:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:...”.

“...d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa sepa-

⁷ GIANIBELLI, G. y ZAS, O., “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, Contextos Revista crítica de derecho social N° 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 178.

ración. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...”.

Las consideraciones vertidas precedentemente revelan que el sistema indemnizatorio consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo no es el único modo posible de reglamentación de los derechos al trabajo y de protección contra el despido arbitrario, ambos de jerarquía constitucional.

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL CIUDADANO TRABAJADOR A NO SER DISCRIMINADO

Frente a la visión del despido como “función” del poder empresarial, Baylos Grau plantea la necesidad de reivindicar el lado oculto de aquella figura, el que hace referencia a los derechos de los trabajadores. Por eso resulta conveniente analizar los límites impuestos a la acción empresarial por las normas de jerarquía constitucional constitutivas del Estado Social y Democrático de Derecho⁸.

Desde esta perspectiva, la cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura del ciudadano en plenitud de sus derechos, de forma que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por las normas de jerarquía constitucional a todos los ciudadanos, y no sólo aquéllos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio-profesional del trabajador.

El Tribunal Constitucional de España en una conocida decisión afirmó de manera tajante la repugnancia del ordenamiento jurídico democrático ante “las manifestaciones de feudalismo industrial”, de manera que no era posible la defensa del “despojo transitorio de los derechos que al trabajador le corresponden como ciudadano”, puesto que esta conducta no resulta amparada por el principio de la libre iniciativa empresarial ni, desde luego, “las empresas son mundos separados de la sociedad”⁹.

En última instancia además, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél¹⁰.

⁸ BAYLOS GRAU, A., op. cit. en nota 2, p. 11.

⁹ STC 88/1985, de 19 de julio, cit. por Antonio Baylos Grau, op. cit. en nota 2, p. 14–15.

¹⁰ GARCÍA-PERROTE, I., “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”, *RDS* nº 4, 1998, p. 9 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A., “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, *RDS* nº 6, 1999, p. 11 y ss. Una síntesis de esta elaboración en la doctrina constitucional, con especial atención

La repercusión de estos elementos derivados del orden constitucional y su sistema de garantías sobre el régimen de despido es inmediata, de manera que el goce de los derechos fundamentales reconocidos por el trabajador constituye un límite infranqueable por el poder unilateral del empresario de rescisión del contrato de trabajo, que, de ser transgredido, debe ser removido en su eficacia, restituyendo al trabajador en la plenitud del disfrute de su derecho fundamental, reintegrándolo por tanto en su puesto de trabajo¹¹.

El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados, derecho consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y suprallegal e integrante del *ius cogens*, es decir, constituye otra ilicitud escindible de aquella violatoria de los derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, de manera tal que la sanción jurídica contra el acto discriminatorio y extintivo de la relación laboral no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que consagra el régimen de indemnización tarifada del despido.

Esta clara distinción de ilicitudes y de imputación de sanciones jurídicas resulta especialmente corroborada por la circunstancia de que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, por lo que su vulneración concretada través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo con fundamento en la ley 23.592.

Desde esta perspectiva, y por las razones jurídicas que expondré a continuación, la sólo invocación de las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo para desestimar la pretensión de nulificación del despido, no sólo sería insostenible en el orden jurídico nacional, sino que comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

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

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía

al canon de "proporcionalidad" que mide la limitación empresarial de los derechos fundamentales de los trabajadores, CASAS BAAMONDE, M^ºE., "Evolución constitucional y Derecho del Trabajo", en A. Pedrajas Moreno (Dir.), Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, p. 88 y ss. Autores citados por Antonio Baylos Grau, op. cit. en nota 2, p. 15 y nota 8.

¹¹ BAYLOS GRAU, A., op. cit. en nota 2, p. 15.

nía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y –sobre todo–, constatando la *universalidad* de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

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

Las normas del *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación¹².

En similar sentido, explica Barbagelata que “todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos –entre los que se cuentan los laborales–, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens*¹³.”

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación (conf. arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y concs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño)¹⁴.

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

¹² ERMIDA URIARTE, O., “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, en “Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, “Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19–20.

¹³ BARBAGELATA, H.H., “Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías”, en revista Judicatura, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, p. 134.

¹⁴ GIANIBELLI, G. y ZAS, O., op. cit. en nota 7, p. 181.

Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“...83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (arts. 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 54)...”.

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

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

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

“...87...La Corte Interamericana ha entendido que:”

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran

incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 45. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55)...”.

“...88. El principio de igualdad y no discriminación posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias...”.

“...91...la Corte Interamericana estableció que:...”

“...no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de manera alguna repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 47. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 57)...”.

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

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

“...98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “es

nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens superviviente*, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *ius cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales”.

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

“100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igual y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”.

“101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación econó-

mica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*...”.

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

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

“104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones o prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.

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

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

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

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

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

“148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.

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

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

“166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar los derechos en él

reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable”.

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

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención” (Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C N° 98, párr. 164. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C N° 73, párr. 87. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C N° 72, párr. 179. Caso “Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C N° 68, párr. 136. “Principe allant de soi”, Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs, serie B N° 10, p. 20)...”.

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

“172. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos...”.

“...173. Por las razones expuestas,”

“LA CORTE,”

“DECIDE”

“por unanimidad,”

“Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva”

“Y ES DE OPINIÓN”

“por unanimidad,”

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

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

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

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

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

“...9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su

condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador–empleado). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales...”¹⁵.

En síntesis:

- 1) El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del *jus cogens*.
- 2) En el marco de una relación laboral privada, por la teoría del *Drittwirkung*, ese principio debe ser respetado cabalmente por el empleador en relación con el trabajador, y su vulneración no sólo transgrede normas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional y supralegal, sino también normas imperativas de orden público internacional.
- 3) En caso de despido discriminatorio, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar *in natura* el contenido esencial del principio fundamental vulnerado.

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

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

“A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

En el mismo orden de saber, el art. 47 de la ley 23.551 dispone para el caso específico de discriminación antisindical:

«Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el art. 498 del CPCCN o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical».

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC–18/03 de 17 de septiembre de 2003.

En el mismo sentido, el art. 1 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ratificado por la República Argentina, e incluido en la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento, dispone en lo pertinente:

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”.

“2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:...”.

“...b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado:

“En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio N° 98”¹⁶.

“Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad de reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en los casos de discriminación antisindical”¹⁷.

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que se «deje sin efecto el acto discriminatorio», lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo, sin que el empleador pueda sustituir esta obligación por una indemnización.

El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado amparado por las normas de jerarquía constitucional y suprallegal mencionadas y por el jus cogens, razón por la cual la garantía

¹⁶ Recopilación de 1985, párrafo 547; 211 informe, caso núm. 1054, párrafo 163; 241 informe, caso núm. 1287, párrafo 227; 292 informe, caso núm. 1625, párrafo 70 y 295 informe, caso núm. 1729, párrafo 36; “La libertad sindical”, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 153.

¹⁷ 297 informe, casos núm. 1678, 1695 y 1781, párrafo 426; Recopilación cit. en nota 16, p. 162.

plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo.

Esta sanción jurídica es la que corresponde a la protección intensiva del mencionado derecho situado en el marco de los espacios de ciudadanía que se constituyen en la empresa para los trabajadores, que no pueden ser ignorados por el poder privado del empresario y en atención a los cuales se subvierte la tradicional relación de preeminencia de la libertad de empresa sobre las posiciones subjetivas de los trabajadores¹⁸.

De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, y, además, la del art. 47 de la ley 23.551 para el caso que la discriminación obedeciera a motivos antisindicales, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.

En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre «todos», son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.

Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.

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

En síntesis, estamos en presencia de un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer; en un *derecho laboral fundamental inespecífico*¹⁹.

¹⁸ BAYLOS GRAU, A., op. cit. en nota 2, p. 17.

¹⁹ PALOMEQUE-LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca–Fundación

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

Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del “Protocolo de San Salvador”, 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica.

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

La doble protección constitucional se funda en una razón ontológica:

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

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

“15. La relevancia principalísima de la noción constitucional de trabajo se vincula no sólo al art. 14 bis de la Carta Magna, sino con el afianzamiento de la justicia, meta del orden constitucional, según el Preámbulo, que, de conformidad a la doctrina ética mayoritariamente recibida y que emana de las fuentes bíblicas y evangélicas, requiere reconocer en el trabajo una dimensión fundante, intersubjetiva y trascendente de la persona humana, debiendo basarse en él la estructura del ordenamiento jurídico, y no en el simple vínculo aislado del sujeto individual con los objetos materiales de su entorno, que han de subordinarse y servir al evento laboral e integrarse en su marco...”²⁰. El art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente:

MAPFRE, pronunciada el 11/11/91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral N° 4 –semana 27 de enero–2 de febrero 1992–, p. 37–44).

²⁰ C. Fed. La Plata, 24/4/91, “Leira, Manuel P. L. c/Y.P.F.”, disidencia del Dr. Leopoldo Schiffrin, J.A., N° 5721, p. 21 y ss.).

“Corresponde al Congreso:...”.

“...Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...”.

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

“...Se trata de la justicia en su más alta expresión...”, cuyo contenido “...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar; esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”²¹.

Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: “el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su Preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social”²².

Asimismo, según la Corte Suprema, “las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar”²³, conjugándose con los valores de “cooperación” y “solidaridad”²⁴.

“El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional”, lo que “sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan”²⁵.

Al decir de Masnatta, la recepción expresa de la justicia social “como norte de las decisiones económicas”, habilita la “función transformadora” de la Constitución. A partir de la etapa “post-constitucional” le compete al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitan el desarrollo productivo con justicia social. Constituye, asegura, una “plataforma de lanzamiento” para nuestros legisladores y nuestros jueces²⁶.

²¹ Fallos: 389:430.

²² Fallos: 278:313.

²³ Fallos: 293:551.

²⁴ 3/5/84, “Gutiérrez c/Y.P.F.”.

²⁵ Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337.

²⁶ MASNATTA, H., “Interpretación de la Constitución”, L.L., diario del 3/10/94.

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

“...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.

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

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

“...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación...De todo ello deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales...Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de *‘promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas’*, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, ya que el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador...”²⁷.

²⁷ STC 3/1983 de 25/1, cit. por ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Estado Social y Derecho del Trabajo”, en “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981–1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)”, coordinado por M.R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23.

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

Por exceder los límites impuestos a esta colaboración, las consideraciones formuladas precedentemente no implican expedirme acerca de si la única opción del trabajador víctima de un despido discriminatorio es la de plantear la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el puesto de trabajo.

Por las mismas razones, tampoco me pronunciaré acerca del conflicto de concurrencia entre el sistema de reparación de daños previsto en el art. 1º de la ley 23.592 y los especiales consagrados por el art. 182 de la L.C.T. y el art. 52 de la ley 23.551, o por eventuales normas a dictarse en el futuro, para el caso de admitirse la validez de la opción confirmatoria de la nulidad del despido discriminatorio en cabeza del trabajador.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela del derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio.

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

“...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de dis-

criminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación...La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo...”.

“...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...En un estudio general precedente, la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical...De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta²⁸.”

El art. 37, párr. 1 de la Constitución de la O.I.T. establece:

“Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidos a la Corte Internacional de Justicia para su resolución”.

Este procedimiento fue aplicado una sola vez en lo que concierne a un convenio. Además, en 1946 fue agregado un nuevo párrafo al art. 37 de la Constitución de la O.I.T., que dispone que “el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio”, mecanismo que tampoco fue adoptado.

Sin embargo, son los llamados órganos de control de la O.I.T. de carácter cuasijudicial, los que han elaborado una extensa “jurisprudencia” en el cumplimiento de su función de supervisión de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Se trata sobre todo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Como lo expresa la Comisión de Expertos, “a efectos de desempeñar su función consistente en evaluar la aplicación de los convenios, incumbe a la Comisión examinar el significado de

²⁸ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación.

ciertas disposiciones de los convenios, y expresar su punto de vista al efecto” (Informe III, Parte 4^a, 1977, p. 11, párrafo 32). El conocimiento de esta jurisprudencia es sumamente importante para poder apreciar los alcances de las distintas normas contenidas en un convenio.

Frente a las críticas suscitadas contra esa “jurisprudencia”, en su informe de 1990 la Comisión de Expertos precisó que no le incumbía dar una interpretación definitiva de los convenios, que corresponde a la Corte Internacional de Justicia, pero que para desempeñar su función de evaluar si se da cumplimiento a las disposiciones de los convenios debía examinar el significado de ciertos de sus artículos, determinar el alcance jurídico y, si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto. “En consecuencia, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, éstos siguen siendo válidos y generalmente reconocidos” (Informe III, Parte 4A, 1990, p. 8, párr. 7).

Frente a las críticas fundadas en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe destacar que el art. 5° de este ordenamiento internacional dispone que se aplica, efectivamente, “a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional”. Pero luego agrega que esto es “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional”. Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el objetivo de estos convenios –consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores– y hasta la naturaleza de los mismos –de carácter cuasilegislativo–, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T. En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de “toda práctica ulteriormente seguida” en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo.

Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Nacio-

nes Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna²⁹.

El carácter vinculante para los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo resulta corroborado por la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual a los efectos de valorar la violación de la libertad sindical prevista en el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tomó particularmente en cuenta las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T.³⁰.

Por otra parte, el art. 24, párr. 3º, inc. b) de la ley 25.877 reenvía a los criterios de los organismos de control de la O.I.T. para la calificación excepcional como servicio esencial de un servicio público de importancia trascendental en caso de huelga, y el último párrafo de la norma citada prescribe que su reglamentación deberá ser efectuada conforme los principios de la O.I.T.

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

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

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

Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden

²⁹ VON POTOBSKY, G., “Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT”, en “Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205–210.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001.

y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

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

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas³¹.

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

“...18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener; sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan –para formar, por ejemplo, una relación de trabajo– el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye –o conoce perfectamente– que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instru-

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999.

mentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones”.

“19.En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección –y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC–16/99, el concepto de debido proceso– que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo “Derecho se pretende justo –dice el tratadista español–, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad” (“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes...”³² (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC–18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19).

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

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

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054)³³.

El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición³⁴.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva cit. en nota 15, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19.

³³ C.S.J.N., “Giroldi, Horacio David y otro”, L.L. 1995–D, p. 463.

³⁴ C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho “Verbitsky, Horacio”; 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, L.L. 2005–D, p. 84.

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

En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios el onus probandi quede articulado de la siguiente manera.

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración del derecho fundamental, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio del derecho fundamental. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho del trabajador a no ser discriminado.

Los criterios precitados en materia de *onus probandi* en caso de despidos discriminatorios son seguidos por el Tribunal Constitucional de España³⁵, y por la doctrina más prestigiosa de ese país³⁶.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe destacar la importancia de la norma contenida en el art. 163, inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone en lo pertinente:

“...Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica...”.

El Código Procesal se refiere a las presunciones no establecidas por ley, de modo que se excluyen las presunciones “*iure et de iure*” y las “*iuris tantum*”; se trata en consecuencia de las llamadas presunciones judiciales o presunciones *hominis*, pues las consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de hechos (indicios) reales y probados³⁷.

El indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción. Por lo tanto, la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos³⁸.

³⁵ STC 38/1981, de 23/11/1981, STC 111/2003, de 16/06/2003 y STC 79/2004, de 4/05/2004, entre otras.

³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant Lo Blanch, “Colección Laboral”, Valencia, España, 1996; BAYLOS GRAU, A., “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en “La prueba en el proceso laboral”, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997.

³⁷ FENOCHIETTO, “Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado”, t. I, p. 592.

³⁸ FENOCHIETTO, op. cit. en nota 37, t. I, p. 593–594.

