

Cour d'appel nationale, Veme Chambre, Parra Vera Maxima c. San Timoteo SA conc., Recours d'amparo pour violation des libertes et droits fondamentaux, 14-06-2006, No. 144-05 s.d. 68636.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 14 días del mes de JUNIO de 2006, se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente;; y LA DOCTORA MARÍA C. GARCÍA MARGALEJO dijo:

La parte actora apela la sentencia de grado (ver fs. 452/453)), que rechaza las pretensiones deducidas en el escrito introductorio destinadas a obtener, entre otras cosas, la reincorporación de la accionante a su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos desde el despido (directo), en los términos del memorial obrante a fs. 457/465. Dicho recurso mereció la réplica de la contraparte a fs. 477/478. Por su parte, el perito contador Carlos A de la Fuente recurre sus emolumentos por entenderlos escasos (ver fs. 474)./- Para así decidir la magistrada de grado concluye que las declaraciones testimoniales sustanciadas en la causa no son eficaces para acreditar que el despido comunicado por la demandada obedeció a una actitud discriminatoria de su parte.- Ahora bien, en la primera presentación, la demandante sostiene que ingresó a prestar servicios en relación de dependencia de la demandada el 1 de noviembre de 1984, que aquélla violaba permanentemente las normas laborales (fs. 64 vta.) y que por su parte fue una activista permanente por los derechos propios y ajenos (ver fs. 65 vta.).- Señala que, "sin gozar de inmunidad gremial ni estabilidad laboral" (ver fs. 65 vta. cit. último párrafo) se enfrentó a las autoridades de la demandada con la finalidad de abortar el objetivo de modificar el horario de trabajo en perjuicio de sus dependientes, con lo cual generó una constante y permanente persecución de la empresa hacia su persona. Advierte además que en la empresa era "normal y habitual la realización de prácticas desleales" (fs. 64 vta.).-

Sostiene que el punto culminante de la secuencia de represalias descriptas en el escrito de demanda aconteció el 6 de enero de 2.005, fecha en la que la empleadora comunicó su decisión extintiva "sin expresión de causa". Refiere que este último acto es consecuencia directa de su actuación sindical activa al no () encontrarse ninguna causal para justificar el distracto, lo que tornaría al mencionado despido en un acto nulo de nulidad absoluta (fs. 66 vta./67).-

La demandada, por su parte, niega específicamente que hubiere llevado adelante una conducta lesiva a los derechos individuales y colectivos de sus dependientes (fs. 116), y pormenorizadamente las imputaciones que se le efectuaran en el inicio (ver fs. 116/119). Afirma que el despido se debió a una decisión de reestructuración de recursos y fue comunicado al Ministerio de Trabajo conf. decreto 328/88 (fs. 119 vta.). Precisa, además, que la accionada siempre mantuvo un diálogo y vinculación de buena fe con el Sindicato de la Sanidad y su comisión interna (ver fs. 115/128, en especial 122 vta.).- Así trabada la litis y de conformidad con lo dispuesto en el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se encontraba a cargo de la parte actora demostrar los hechos invocados en la demanda en los que se sustenta la pretendida reincorporación y que son materia de específica negativa por parte de la contraria en el responde. Entre ellos, obviamente, que el despido de la reclamante fue consecuencia directa de su actividad

sindical.-

Este Tribunal dio intervención al Ministerio Público quien se expidió en su dictamen de fs. 483. Coincido en lo referente al tema indicado en el párrafo anterior, con lo expuesto por el Sr. Fiscal Gral. ante esta Cámara Dr. Eduardo O. Álvarez en cuanto a que este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral -lo que el Sr. Fiscal denomina con acierto y precisión "una respuesta de ineficacia tan intensa"- requiere, para su procedencia, la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados (ver fs. 483 último párrafo).- No debe perderse de vista que, como bien se señala en ese dictamen, es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que, por otra parte y como se señala a fs. 483 vta., este Tribunal hizo suyo por mi intermedio en el pronunciamiento recaído el 17/2/04 en los autos "Failde Carlos Alberto C/ Telefónica de Argentina S.A. S/ Juicio Sumarísimo" (sentencia definitiva n° 66.890). Recuerdo que el derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar también tiene rango constitucional (art. 14 C.N.) y requiere para su plena vigencia el ejercicio de las facultades regulares que lógicamente conlleva.- En este orden de ideas, coincido con la sentenciante de grado cuando indica que "... no basta que se encuentren acreditados en la causa el "desarrollo de actos gremiales y sindicales de la actora para torna viable la pretensión, "sino que debe demostrarse en forma clara que el despido dispuesto ha sido con motivo "de esa actividad gremial" (textual fs. 453).-

Establecido ello, diré que los testimonios que señala la recurrente en el memorial en análisis no son eficaces a mi juicio, para acreditar la actitud discriminatoria atribuida a la accionada.-

En efecto, el deponente Andrés Caballero (ver fs. 205 II/206), propuesto por la parte actora, declara que "... el dicente se enteró que a la actora "la habían despedido las causas y las razones no las conoce pero presupone que es "porque la actora tenía una posición muy bien tomada con respecto a las 6 horas, que es "su opinión por mantener el trabajo en las 6 horas (...) Que el testigo manifiesta que no "presenció ningún hostigamiento por parte de la jefa de enfermería y que no "presenció personalmente ningún hostigamiento a la actora por parte de la jefatura "de enfermería (...) Que el testigo manifiesta que desempeñó el cargo gremial hasta el "año 2003 más o menos. Que el dicente manifiesta que no tenía horario para ejercer su "función de delegado realizada a conciencia que primero estaba el trabajo y luego lo que "estaba inherente a lo gremial, que lo tenía acordado con los directores del sanatorio que "nunca le pusieron ningún tipo de horario nunca tuvo ningún tipo de restricciones" (textual de las fojas citadas, el destacado me pertenece).- Silvia Edith Sucharewicz (ver fs 201/203), propuesta por la demandante, afirma que "... la actora para evitar que le cambiaran el horario realiza la "denuncia al gremio, y a la dicente como delegada la cuidaba para que la representara en "cuanto no quería modificar su horario, también hicieron volantes denunciando esa y "otras situaciones que ocurren en la clínica. Que la declarante manifiesta que de las "personas que mencionó quedaron ella, Cardozo y Gómez con las restantes llamati"vamente se fueron con dinero, según refirieron, la actora que fue despedida y las otra "persona, Lucía Gómez que recibió la oferta de un retiro voluntario (...) Que la testigo "manifiesta que la actividad de la actora dentro del conflicto aparte de pedirle ayuda "como representante acompañó a las audiencias en el

Ministerio de Trabajo y a las "reuniones con los directores de la demandada que algunas fueron llevadas en la misma "clínica. Que la dicente manifiesta que la actora concurre a las reuniones al ministerio "en calidad de oyente junto con otros compañeros, que fueron estas reuniones fuera del "horario de trabajo que fueron alrededor de 8 reuniones, que la actora concurre a todas "menos a la última que fue otra gente, que las reuniones fueron en el año 2004 (...) Que "la testigo presume que despidieron a la actora por haber participado en los reclamos de los derechos sercenados (...)" -textual fs. 201/202, el destacado es mío.- Por su parte, Gloria Beatriz Cardozo (ver fs. 210/212), testigo también propuesta por la parte actora, refirió que trabaja en la demandada y que la accionante para mantener sus 6 horas se acercó al sindicato a averiguar cuales eran sus derechos, informarse sobre la ley también hablar con los compañeros y con respecto a sus superiores de mantener firme su posición y fundamentarla amparándose en la ley en las áreas críticas. Indicó que la Sra. Parra Vera concurre a reuniones del sindicato. En lo que aquí específicamente interesa declaró: "(...) Que la testigo dice que no presencié ningún hostigamiento eprsonal de parte de Piceda hacia la actora (...) Que la declarante continua con el cargo de delegada (...)" (textual fs. 211, el destacado es mío).- Las declaraciones reseñadas dan cuenta de que la accionante efectivamente acompañó la actividad de los delegados gremiales y asumió un rol activo con el objeto de mantener inalterable el horario de trabajo del sector en el que aquélla llevaba a cabo sus tareas; empero, tales actividades no son aptas en sí mismas para acreditar supuestas actitudes de hostigamiento de la empleadora hacia la demandante ni una conducta discriminatoria encubierta al disponer el despido, todo ello con motivo de su actuación sindical, a punto tal que los propios delegados (Cardozo, ver fs. 211 y Caballero, fs. 205-II) han sido contestes en que no presenciaron actitudes de hostigamiento.- En efecto, ninguno de los deponentes manifestó haber presenciado actitudes o conductas hostiles del personal jerárquico de la empresa hacia la actora y las referencias en este sentido sólo se apoyan en meros comentarios. Por otro lado, si bien algunos de los declarantes "suponen" que la decisión rupturista guarda una relación de causalidad con la aludida actuación de la reclamante en resguardo de sus condiciones de trabajo, lo cierto es que de las constancias de la causa no se desprende elemento probatorio alguno que constituya evidencia concreta de dicha suposición. Por el contrario, adquieren suma relevancia en este aspecto del debate aquellas afirmaciones del deponente Caballero, propuesto por la propia accionante, en el sentido de que la demandada en modo alguno obstaculizó su tarea gremial. Lo cual, en principio, permite despejar cualquier hipótesis en relación con una supuesta genérica conducta tendiente a impedir o dificultar cualquier actividad sindical, tesis que se esboza en el escrito introductorio.- Por otro lado juzgo determinante un hecho que no está en discusión y surge desde el propio escrito de demanda: la actora ingresó a trabajar en 1984 (desde allí al despido hay más de 20 años) y según se dijo a fs. 64 vta. la relación laboral nunca fue normal y la Sra. Parra Vera "...fue una permanente luchadora y activista por los derechos propios y de los demás trabajadores..." habiéndose enfrentado permanentemente a la patronal (ver fs. 65 vta.). Va de suyo que si -entonces- desde su ingreso la demandante desempeñó su activo rol sindical y la empresa la retuvo en su plantilla de personal por más de 20 años, mal puede sostenerse que la haya discriminado, siendo por demás evidente que si ésa hubiera sido la intención empresaria, un patrono discriminador no hubiera aguantado 20 años de permanente lucha y

conflictos, para desechar del plantel a quien le resultaba tan "conflictiva" (ver lo afirmado a fs. 67).-

Desde luego, la carencia de elementos de prueba no puede suplirse en mi opinión, por el solo hecho de que la demandada dispusiera el despido de la accionante, sin alegar causa alguna. No debe perderse de vista que la Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema de estabilidad relativa impropia (al decir de de la Fuente, citado por Fernández Madrid en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" Tomo II, 2ª edición actualizada, pág. 1679) y que, en la especie, la demandada depositó en la cuenta bancaria de la reclamante la suma de \$ 75.423,79 concomitantemente y con motivo de la extinción del contrato de trabajo (ver resumen de la cuenta sueldo de titularidad de la demandante obrante a fs. 184/190 y pericial contable fs. 158).-

Por todo lo hasta aquí expuesto sugiero confirmar el fallo anterior en lo principal que decide.-

En cuanto a las costas de la instancia previa no encuentro razón alguna en los términos de los recursos (sólo el perito y la parte actora han apelado) para apartarme de lo resuelto a fs. 453 pues lejos de resultar lo decidido en ese aspecto (costas por su orden) perjudicial para la parte perdidosa, la favorece.-

Teniendo en cuenta la naturaleza del reclamo, el valor económico eventualmente involucrado y las labores cumplidas por el perito contador no me parecen reducidos los honorarios regulados al experto (\$ 1.500), razón por la cual sugiero confirmarlos (arts. 38 L.O. y decreto-ley 16.638/57).-

Por la forma en que se resuelve el recurso, sugiero que las costas se impongan a la accionante apelante (conf. art. 68 C.P.C.C.N:), y se regulen a tal fin los honorarios de los letrados firmantes de los escritos de fs. 457/465 (Dr. Daniel O. Benzi) y fs. 477/478 (Dr. Carlos Enrique Báez) en el 25% de lo que les corresponda percibir por las tareas realizadas en la etapa anterior a los abogados de las partes actora y demandada, respectivamente (art. 14 ley arancelaria).-

EL DOCTOR OSCAR ZAS manifestó:

I. Disiento respetuosamente de la solución propuesta por mi distinguida colega preopinante y en tal inteligencia me explicaré.-

Con carácter previo, considero pertinente destacar que llega firme a la Alzada la decisión de encuadrar las pretensiones articuladas por la actora en la vía procesal del amparo consagrado por el art. 43 de la Constitución Nacional y específicamente regulado para el caso por el procedimiento sumarísimo previsto en el Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación (ver fs. 79, 135, 136 y ss.).-

La sentencia de la instancia anterior dispuso en lo pertinente: "...El análisis y valoración de las pruebas reseñadas conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 del CPCCN) me llevan a la conclusión que en la causa no se encuentra demostrado que la demandada procedió al despido del actor (sic) con motivo de la acción sindical que ésta prestaba. Sino antes forman convicción en el sentido que ha sido un acto motivado en la reestructuración de la empresa en el marco de las facultades propias de dirección y organización empresarial que en modo alguno se encuentra alcanzado por la ley 23.592."

"Al respecto señalo que no basta que se encuentren acreditados en la causa el desarrollo de actos gremiales y sindicales de la actora para tornar viable la pretensión, sino que debe demostrarse en forma clara que el despido dispuesto ha sido con motivo de esa actividad

gremial, extremo y requisito que no surge demostrado en la causa, lo que conduce al rechazo de la acción de amparo sobre figura del trato discriminatorio fundado en la acción sindical cumplida..." (ver fs. 453).- Es decir, que para la Sra. Jueza de grado está demostrado que la actora llevó a cabo actos sindicales.-

La demandada, al contestar el traslado de la expresión de agravios de la accionante, no cuestionó la referida decisión de la magistrada de la instancia anterior, ni reiteró la defensa interpuesta en el responde fundada en la inexistencia de la actividad gremial precitada.- Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación el art. 277, C.P.C.C.N. sólo atribuye al tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos ante ella, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional (Fallos: 313:528 y 316:2077), y si bien nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que al estarle vedado al vencedor apelar los fundamentos del fallo que lo favorece, puede en la alzada plantear los argumentos o defensas desechados en la instancia anterior, para lo cual es oportunidad idónea aquélla en que se contestan los agravios del vencido (Fallos: 311:696 y 321:328), también señaló que la competencia devuelta de los tribunales de alzada tiene el límite -de índole subjetivo-, proveniente de restringir el alcance del pronunciamiento a los sujetos procesales que instaron su intervención, pues si se prescinde de dicha limitación resolviendo cuestiones que han quedado firmes para las partes que no recurrieron la sentencia, se causa agravio a las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio (Fallos: 283:392; 296:202 y 320:2925).- y

Es decir, según la jurisprudencia del Superior Tribunal, no pueden considerarse en segunda instancia las defensas oportunamente opuestas por las partes que no apelaron el fallo que les resultaba favorable, si no contestaron agravios, o, si habiéndolo hecho, no replantearon las referidas cuestiones en ese escrito.- Cabe agregar que en el memorial de expresión de agravios la actora afirmó clara y concretamente:

"...La sentencia del Juez de grado...da por probado fehacientemente que la actora ha desarrollado una actividad sindical y gremial...S.S. tuvo por acreditado que la actora se desempeñó en el desarrollo de actos gremiales y sindicales...No sólo tiene por acreditado el desarrollo de actos gremiales y sindicales..." (ver fs. 457 vta./8), manifestaciones que no merecieron negativa, ni expresa, ni tácita por parte de la demandada en el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios (ver fs. 477/8 vta.) Desde esta perspectiva, estimo que en el "sub-lite" quedó firme y consentida la decisión de la Sra. Jueza de la instancia anterior de considerar demostrado que Parra Vera llevó a cabo actos sindicales.-

II. Corresponde, ahora, tratar los agravios introducidos por la actora.- Se queja dicha parte contra la decisión de la magistrada de grado de que el despido de aquélla no haya sido consecuencia de la actividad sindical precitada, sino que haya obedecido a una reestructuración empresaria decidida por la demandada en el marco de facultades propias de dirección y organización.- Entre otras consideraciones, la recurrente sostiene que ante la afectación de un derecho personalísimo de rango constitucional se genera una inversión del onus probandi, mediante el cual probados los requisitos o condiciones exigibles por la ley antidiscriminatoria se parte de una presunción discriminatoria y es la demandada la que debe probar que su conducta es ajustada a derecho, circunstancia que -según el parecer de la apelante- no se da

en la presente causa, toda vez que esta parte habría demostrado su actuación en tareas sindicales y gremiales, mientras que la accionada no habría logrado probar de una manera objetiva la supuesta reestructuración invocada.- Previo a expedirme acerca de los agravios de la actora, considero pertinente precisar claramente los límites de la competencia de la Alzada en el presente caso.- La sentencia de grado dilucidó la cuestión esencial planteada por la demandante en el marco de la normativa antidiscriminatoria, y esta parte en el memorial de agravios también se ciñó a esa tutela específica.- Es decir, más allá de lo dicho precedentemente acerca de la actividad sindical de la actora, y de lo que señalaré más adelante al respecto, los poderes de la alzada frente a la apelante se hallan limitados por la extensión del recurso: este tribunal de apelaciones sólo puede decidir las cuestiones que la recurrente sometió a su consideración al expresar agravios.- En este marco, sólo corresponde dilucidar si el despido de la actora fue un acto discriminatorio decidido como represalia contra la actividad sindical cumplida por aquélla, sin que corresponda expedirse acerca de la operatividad y alcance del art. 47 de la ley 23.551.-

III.La Dra. María Cristina García Margalejo sostiene, en coincidencia con el Sr. Fiscal General ante esta Cámara Dr. Eduardo O. Álvarez, que cuando se pretende nulificar un despido considerado discriminatorio se requiere la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados.-

IV.Disiento, naturalmente con todo respeto, del criterio mencionado.- Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que -como intentaré fundamentar más adelante- ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.-

Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental.- La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente: "...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación...La exigencia de que sea el autor de la

discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo..."

"...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...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 ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación).- El art. 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 ciertas disposiciones de los convenios, y expresar su punto de vista al efecto" (Informe III, Parte 4ª, 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. 5º 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 Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. Geraldo Von Potobsky, "Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT", en "Derecho Colectivo del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10).-

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

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 y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.- En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".- Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999).- Recientemente, el tribunal 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 instrumentos para probar y alegar

en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones".-

"19.En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva 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..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19).-

La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.- La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.- De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, "Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación", L.L. 1995-D, p. 463).- El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus"; 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", L.L. 2005-D, p. 845).- 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 supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos.- En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede articulado de

la siguiente manera.-

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.- Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.-

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

Los criterios precitados en materia de onus probandi en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales son seguidos por el Tribunal Constitucional de España (conf. -entre otras- STC 38/1981, de 23/11/1981, STC 111/2003, de 16/06/2003 y STC 79/2004, de 5/05/2004), y por la doctrina más prestigiosa de ese país (conf. -entre otros- José Luis Monereo Pérez, "La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales", Tirant Lo Blanch, "Colección Laboral", Valencia, España, 1996 y Antonio Baylos Grau, "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en "La prueba en el proceso laboral", Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997).- 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

probados (conf. Fenochietto, "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", t. I, p. 592).- 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 hechos (conf. obra citada, t. I, p. 593/4).-

V.A la luz de la doctrina expuesta, corresponde ahora dilucidar si en el presente caso el despido de la actora obedeció a motivos antisindicales.- El análisis de las pruebas producidas en la causa, me lleva a estimar acreditada la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la alegada discriminación antisindical. Me explico.-

Sucharewicz (fs. 201/2) afirma:
"...Que trabaja para la demandada...Que la dicente comenzó a trabajar para la demandada el 01/05/1996...Que...cuando comenzó a trabajar empezó como enfermera y actualmente también tiene un cargo gremial de delegada general de los trabajadores de la demandada...que la actora en toda la relación laboral tenía las tareas de enfermera de terapia intensiva hasta cuando fue despedida...Que la dicente cumplía el horario de 12,00 a 18,00 horas, con francos rotativos, los viernes es su franco fijo y una vez por mes se le adosa un jueves y una vez no tiene un viernes y tiene sábados y domingos. Que...la actora tenía el horario de 6,00 a 12,00 horas, también con francos rotativos y cree que su día fijo era el jueves al cual se le adosaba una vez por mes un viernes y una semana no tenía el jueves y tenía el sábado y el domingo...Que...en alguna oportunidad se cambió esta modalidad horaria por parte de la empresa, de hecho quedaron divididos, hay grupos de trabajo en el mismo sector con distintos horarios y que la dicente dice que ella ya era delegada en ese momento del sector enfermería por intermedio o conjuntamente hicieron la denuncia ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a la cual la dicente asistió llevando una carta firmada por todos los afectados que quedó adjunta al expediente...Que la jefa en ese momento que ya no está en la institución que era la Sra. Lilia Bracuto, que algunas veces en presencia del director de la demandada hablaba con los empleados diciéndole que tenía intenciones de cambiar el horario de trabajo y los que no aceptaran que lo pensarán porque no se sabía que iba a pasar con los que no aceptaran y que conoce manifestaciones que le hicieron los empleados que los llamaba la jefa a la casa para que eligiera el turno sino les iba a tocar el peor turno...que durante el año 2003 se produjo este cambio de horario...que la actora para evitar que le cambiaran el horario realiza la denuncia al gremio, y a la dicente como delegada..., también hicieron volantes denunciando esa y otras situaciones que ocurren en la clínica...Que...la actividad de la actora dentro del conflicto aparte de pedirle ayuda como representante acompañó a las audiencias en el Ministerio de Trabajo y a las reuniones con los directores de la demandada que algunas fueron llevadas en la misma clínica...que la actora concurrió a las reuniones del Ministerio de Trabajo en calidad de oyente junto con otros compañeros, que fueron estas reuniones fuera del horario de trabajo que fueron alrededor de 8 reuniones, que la actora concurrió a todas menos a la última..."-
Caballero (fs. 205-II/7) asevera:

"...Que el testigo ingresó a trabajar (en la clínica de la demandada) en el año 1978...Que...realizaba...tareas de mantenimiento...siempre trabajó...en el horario de 6,00 a 22,00 hs., que la actora trabajaba...en el horario de 6,00 a 12,00...que la empresa solicitó el cambio de horario de 6 a 8 horas en el cual cierto grupo de personal lo aceptó y otro grupo de personal no aceptó el cambio de horario, que lo sabe porque se hicieron presentaciones ante el Ministerio de Trabajo y se hicieron cartas documentos solicitando no innovar en cuanto al pedido del cambio de horario y eso está en la gremial...que la actora no aceptó el cambio de horario, que lo sabe porque fue delegado en el cual atendió varias quejas de ella en ese sentido...Que la actora a través del cuerpo de delegados hizo reclamos para que no se cambiara el horario lo cual por intermedio de la gremial se presentó ante el Ministerio de Trabajo...Que el gremio viene bregando en esto por las 6 horas por área cerrada, desde hace 8 o 10 años atrás...que la verdad de la actora consiste en que siempre la vio reclamar en forma decidida y muy vehemente...que...la actora tenía una posición muy bien tomada con respecto a las 6 horas..."-.

Cardozo (fs. 210/12) declara:
"...Que la dicente trabaja para la demandada desde el 1 de Diciembre de 1987...Que la testigo realiza las tareas de enfermera de terapia...la actora nunca pidió un cambio de horario...Que...la actora trabajaba 6 horas para la demandada, que el resto de los compañeros del sector 7 horas y 10 horas y gente de fin de semana 14 horas, que esta diferencia se debe a que fue una imposición que se logró por parte de la empresa que no hubo aumento de sueldo y otra era la promesa de que iba a haber más personal en todos los turnos de terapia, no hubo cobertura y a veces no hay suficiente cuando se presenta algún problema, por la calidad del paciente, tratan de dejar alguna cobertura, pero por lo general no se da...que ella se mantuvo firme como la actora en mantener las 6 horas. Que...la actora para mantener sus 6 horas se acercó al sindicato a averiguar cuáles eran sus derechos, informarse sobre la ley y también hablar con los compañeros, y con respecto a sus superiores de mantener firme su posición y fundamentarla amparándose en la ley en las áreas críticas....concurría (la actora) a las reuniones del sindicato...que son reuniones que se hicieron en el Ministerio de Trabajo y la actora concurría como oyente...que lo sabe porque la dicente participaba en ellas como delegada, que fueron 6 o 7 reuniones...se pidieron reuniones a la empresa no hubo respuesta, se hicieron las denuncias como se hace habitualmente..., que a las reuniones iban los delegados, parte de la empresa, los representantes del sindicato y algunos oyentes...Que...en las reuniones también había denuncias por presiones psicológicas por rebaja salarial...que a la actora la estaban llamando para ofrecerle el retiro voluntario el licenciado Carlos Ferrario. Que lo sabe porque en una reunión del Ministerio los delegados presentan la denuncia por presiones psicológicas y el licenciado la niega y de golpe la actora dice que a ella le estaban ofreciendo el retiro voluntario y el licenciado la hizo callar...Que la testigo manifiesta que Piceda (supervisor) le dijo que le convenía tener un horario en la semana o en el fin de semana que empezó diciendo que la dicente no tenía ética porque reclamaba más cobertura y el responde a sus superiores y que se mantenía muy cómoda y amparada porque estaba como delegada y conservaba el horario..."-.

Vera (fs. 340/1) señala:
"...Que la dicente se había ido de la demandada y retomó en el año 1991...Que...tenía las tareas de enfermera de piso y después fue a terapia intensiva, después hizo 3 años de oncología y volvió a terapia intensiva porque se inauguró el nuevo servicio en el cuarto

piso y retomó allí, la actora trabajaba como enfermera del turno mañana de 6,00 a 12,00 horas en el servicio de terapia intensiva...la dicente trabajaba allí de 7,00 a 14,00 horas...Que se estaba haciendo un programa trabajar de Lunes a Viernes de 7,00 horas...que por el cambio de horario hubo reuniones en el Ministerio...Que con respecto al cambio de horario en el lugar de trabajo el sindicato hacía reuniones, tipo asamblea para todos los trabajadores...Que la dicente sabe que la actora participaba en esas reuniones...Que el programa de 7 horas lo hizo supervisión de enfermería..." Del informe del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social surge lo siguiente:

- 1) La representación de la Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina, y Andrés Caballero, Mario D. Carrizo, Marta Sequeira y Silvia Edith Sucharewicz, miembros de la comisión interna de la demandada, denuncian a esta última el 11/12/02 ante el Ministerio de Trabajo, imputándole el aumento unilateral de la jornada de 6 o 7 horas diarias a 8 horas diarias respecto de 8 trabajadores del sector "Mesa de Entradas", omitiendo la participación de la comisión interna y del sindicato. Añaden que la organización sindical intimó de inmediato al empleador el restablecimiento del horario alterado, sin obtener respuesta positiva.-
- 2) El 25/03/03, en el marco del citado reclamo administrativo (Expte. N° 1064709/02), los representantes del sindicato y de la comisión interna denuncian "...la intención patronal de avanzar unilateral y arbitrariamente en los derechos adquiridos de sus dependientes al pretender ampliar la jornada de trabajo del personal de terapia intensiva e intermedia de seis a siete horas diarias con la clara oposición de todos los trabajadores involucrados quienes ya lo hicieron saber al empleador mediante la nota del 30/01/2003. Por ello intimamos al empleador a que se abstenga de introducir modificaciones en los contratos de trabajo de sus dependientes, reintegre a los trabajadores de mesa de entrada su jornada normal y habitual de seis o siete horas..." Cabe señalar que la nota de oposición al intento de modificación horaria es suscripta por veinte trabajadores de terapia intensiva e intermedia, entre ellos la actora, invocando como fundamento el art. 66 de la L.C.T. (t.o.).-
- 3) En la respuesta a los reclamos efectuada en la audiencia del 10/04/03, la demandada, sin reconocer hechos ni derechos, ofrece reconocer a los trabajadores de mesa de entradas que hayan aceptado la modificación horaria, en compensación por única vez el equivalente al 75% del sueldo neto, en dos pagos a efectivizarse con la próxima liquidación de haberes.- En cambio, nada dice acerca de la imputación de intento de modificación horaria respecto del personal de terapia intensiva e intermedia, entre el cual se encontraba Parra Vera.-
- 4) Transcurrido el tiempo fijado por la autoridad de aplicación el expediente N° 1064709/02 es archivado el 18/07/03.-
- 5) Mediante presentación formulada el 18/02/04 el sindicato denuncia nuevamente a la demandada ante la autoridad de aplicación, dando origen al expediente N° 1084121/04.-
- 6) En la audiencia celebrada el 25/03/04, en el marco del expediente mencionado en el párrafo anterior, el sindicato y los representantes de la comisión interna ratifican todos y cada uno de los términos de las denuncias efectuadas mediante el expediente N° 1064709/02. Además, denuncian que la empresa habría efectuado despidos encubiertos, consistentes en amenazas y presión psicológica sobre los dependientes.-
- 7) En la audiencia del 26/04/04 los representantes del sindicato y de la comisión interna denuncian que la empresa incumple las obligaciones legales y convencionales en cuanto a la jornada de trabajo, obligando al personal a extender su horario de trabajo más allá de lo

tolerado y/o permitido por la ley y ratifica su denuncia de despidos encubiertos, amenazas y presiones psicológicas sobre dependientes.- Las citadas imputaciones son rechazadas por la accionada.- Los representantes de los trabajadores, a su vez, rechazan las manifestaciones patronales, sin perjuicio de lo cual prestan conformidad a la propuesta de reuniones periódicas entre el personal y la empresa.-

8) En la audiencia del 27/05/04 la representación sindical aclara que uno de los sectores involucrados en el conflicto es el personal administrativo de la mesa de entradas dedicado a la función de telefonistas, respecto del cual requieren el restablecimiento de su jornada de 6 horas diarias.-

9) Luego de un ofrecimiento de la demandada, en la audiencia del 22/09/04, la representación sindical manifiesta por medio de la comisión interna que de la asamblea realizada con el personal el día 20/09/04, se resolvió, entre otras cosas: aceptar la devolución de la jornada laboral histórica (6 horas) del personal de mesa de entradas.-

10) Finalmente, en la audiencia del 16/12/04, la accionada manifiesta -entre otras cosas- que a partir del 20/12/04 procederá a retrotraer los horarios de las recepcionistas Paula Weitner, Cristina Paslowski y María Angélica Peralta a la situación anterior a la firma del acuerdo realizado ante el Ministerio de Trabajo el 2/12/02.-

11) El 12/01/05 el expediente n° 1084121/04 es archivado (ver doc. de fs. 279, 286, 287, 291, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 312 y 318).- No está controvertido en autos que la demandada despidió a la actora, decisión que fue comunicada el 5/01/05, mediante telegrama redactado en los siguientes términos: "Prescindimos de sus servicios a partir del día de la fecha. Liquidación final y certificación de servicios en término de ley a disposición" (ver demanda y responde).- Los elementos de prueba precitados me llevan a formular las siguientes conclusiones:

a) La demandada pretendió modificar unilateralmente la jornada de trabajo del personal de terapia intensiva e intermedia, dentro del cual estaba incluida la actora.-

b) La accionante exteriorizó vivamente su oposición a ese cambio, no sólo porque la perjudicaba individualmente, sino porque consideraba afectado el interés colectivo de los trabajadores de ese grupo.-

c) La actora, junto a otros trabajadores de terapia intensiva e intermedia, suscribió una nota dirigida a la empresa oponiéndose al cambio horario con invocación del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo.-

d) El sindicato y la comisión interna formularon la denuncia pertinente ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, acompañando copia de la nota mencionada en el párrafo anterior.-

e) La demandante apoyó personalmente ese reclamo, concurriendo a varias de las audiencias celebradas ante la autoridad administrativa del trabajo.-

f) Durante el conflicto la demandada le ofreció a la actora desvincularse a través de un denominado "retiro voluntario".-

g) Finalmente, fue despedida sin expresión de causa contemporáneamente al archivo de las actuaciones administrativas llevadas a cabo a raíz de las denuncias sindicales (conf. arts. 386, 403 y 456, C.P.C.C.N.).-

No alteran las conclusiones expuestas los testigos aportados por la demandada. Me explico.-

Piceda (fs. 199/200) carece de fuerza convictiva por las siguientes razones.-

En primer lugar, porque alude a una supuesta petición de parte del personal de terapia intensiva de modificar el horario de trabajo, hecho que no fue alegado por la demandada en el responde.-

En segundo término, porque -aunque se tratara de un hecho incorporado oportunamente a la litis- la manifestación del testigo igualmente carecería de eficacia probatoria, pues no indica las personas que habrían formulado ese supuesto pedido, ignorancia inaceptable si se tiene en cuenta que era el supervisor de enfermería y supervisor inmediato de la actora.- Ferrario (fs. 204/5) tampoco favorece la postura de la accionada.- En efecto, respecto al alegado pedido de parte del personal para el cambio de horario, merece las mismas observaciones que la declaración de Piceda.- Además, la aseveración de que el sindicato no habría formulado reclamo alguno respecto a la modificación de la jornada resulta desmentida categóricamente por las constancias de las actuaciones administrativas precitadas.- Solis (fs. 208/9), además de merecer las mismas observaciones, admite que el supuesto pedido de cambio de horario efectuado por "los compañeros de servicio de la actora", "no lo sabe fehacientemente", "no le consta", y lo basa en "rumores por haber trabajado en los distintos servicios", circunstancias que corroboran la ausencia de fuerza convictiva de las manifestaciones de aquél.- Erlicher (fs. 218/9) también insiste en el pretendido pedido de cambio de horario formulado por una parte del personal, por lo que sus dichos son susceptibles de idéntico reproche.-

Por otra parte, ni siquiera identifica las personas que habrían efectuado esa petición, y no sabe a quién habría sido elevada la nota pertinente, lo que contribuye a desmerecer la eficacia probatoria de la declaración.- López (fs. 338/9) también alude a la referida nota, lo que conlleva el rechazo de su fuerza convictiva.-

Más allá de que, a diferencia de los otros testigos ofrecidos por la demandada, López menciona cinco personas que habrían suscripto esa petición, sus dichos tampoco bastan para respaldar la postura de la ex empleadora, toda vez que se basan en que "...se lo comunicó recursos humanos", lo que revela la ausencia de un conocimiento directo de los hechos, conclusión que resulta corroborada por la propia testigo en tanto afirma: "...que...no tuvo acceso a la nota donde el personal pedía el cambio de horario..."- Sin perjuicio de que las consideraciones formuladas precedentemente bastan, a mi modo de ver, para desechar la eficacia probatoria de las declaraciones de Piceda, Ferrario, Solis, Erlicher y López, es menester subrayar con singular énfasis que la demandada en las actuaciones administrativas iniciadas a raíz de las denuncias sindicales guardó silencio ante la nota de oposición al intento de modificación horaria suscripta por veinte trabajadores de terapia intensiva e intermedia, entre ellos la actora.- Si se tiene en cuenta que, en el mejor de los casos, y dejando de lado el principio de congruencia derivado de la garantía constitucional de defensa en juicio, se admitiera la credibilidad de los dichos de López, sólo lograría demostrar que cinco trabajadores habrían aceptado el cambio, mientras que otros veinte, dentro de los cuales se encontraba la actora, se oponían activamente, impulsando además la acción sindical, a través del sindicato y la comisión interna (conf. art. 386 y 456, C.P.C.C.N.).- El art. 4º, inc. d) de la ley 23.551 dispone: "Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales:..."

"...d)Peticionar ante las autoridades y los empleadores..."

A su vez, el art. 3º de la ley citada establece:

"Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la plena realización del trabajador".-

Sin perjuicio de reiterar que quedó firme y consentida la decisión de la magistrada de grado de considerar demostrado que Parra Vera llevó a cabo actos sindicales, las constancias reseñadas precedentemente, analizadas a la luz de las mencionadas normas de la ley de asociaciones sindicales, me persuaden de que la trabajadora demandante ejerció derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical.- El carácter sindical de la acción desplegada por la actora fluye de un contexto conformado por su denuncia del intento empresario de modificación de la jornada efectuada ante el sindicato y la comisión interna, su participación activa en las audiencias llevadas a cabo ante el Ministerio de Trabajo pese a su imposibilidad jurídica de tener voz y voto en esos actos, y la defensa de la intangibilidad del horario del grupo de trabajadores involucrados, más allá de la incidencia de la pretensión patronal en la esfera de su propio contrato de trabajo.-

Es menester destacar que, sin perjuicio de la acción de los representantes del sindicato y de la comisión interna, actos como los realizados por Parra Vera coadyuvan a la defensa del interés colectivo de los trabajadores, más allá de su afiliación sindical, constituyendo, por ende, el ejercicio de derechos incluidos en la libertad sindical.-

Los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de una trabajadora concreta que había instado activamente la acción sindical tendiente a resistir la imposición de una modificación unilateral de la jornada en el sector donde aquélla se desempeñaba.-

Corresponde puntualizar, en apoyo de la conclusión propuesta, que, en el marco de los expedientes administrativos tramitados, la demandada jamás se expidió clara y concretamente acerca de la imputación sindical relativa al cambio horario en terapia intensiva e intermedia, que las partes llegaron a un acuerdo en todos los demás temas de conflicto, y que el despido de la actora es contemporáneo al archivo del último expediente administrativo.-

Estamos en presencia, por ende, de una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción de que el despido de la actora obedeció verosímelmente a la actitud de esta última de resistir el cambio horario pretendido por la empresa para el sector donde prestaba servicios.-

Si bien la primera denuncia sindical del intento de alteración de la jornada apoyada por la actora data del 25 de marzo de 2003 y el despido de esta última se produjo el 5 de enero de 2005, ello no obsta al juicio de verosimilitud formulado, toda vez que -a mi entender- no constituye condición sine qua non para apreciar la existencia de una represalia la automaticidad y la contemporaneidad de la respuesta empresarial a los hechos que la originan. Probablemente, este tipo de decisiones requieren de un determinado período de maduración y puesta en práctica, variable en función de múltiples circunstancias, y las decisiones discriminatorias no tienen por qué, por el hecho de serlo, constituir una excepción a dicha exigencia.-

Por otra parte, la originaria denuncia sindical fue reiterada en sede administrativa el 25 de marzo y el 26 de abril ambos de 2004, con apoyo explícito de la actora en los dos casos, y

Parra Vera continuó exteriorizando vivamente su oposición a la pretensión de cambio de la jornada con posterioridad a aquellas fechas y hasta el momento de su despido.- El hecho de que la actora haya sido una permanente luchadora y activista por los derechos propios y de los demás trabajadores, se haya enfrentado permanentemente a la patronal, y que -pese a esas circunstancias- la demandada hubiera mantenido el vínculo laboral por más de 20 años, no basta para descartar en el "sub-lite" el panorama indiciario de discriminación antisindical del despido.- En efecto, una decisión empresarial dirigida a sancionar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador puede adoptarse en respuesta a una determinada actuación de aquél, pese a no haberse tomado en el caso de otras actuaciones anteriores, o puede adoptarse en el momento en que la acción del trabajador alcanza una dimensión o intensidad determinadas, pese a no haberlo hecho en fases iniciales o anteriores del mismo proceso reivindicativo.-

VI. Frente al panorama indiciario descrito, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido de la actora haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho fundamental de la trabajadora. Me explico.- En el responde se lee lo siguiente:

"...Omite decir la actora que su despido se debió a la decisión de San Timoteo S.A. de reestructurar sus recursos tanto materiales como humanos aplicados a sus operaciones." "Así fue comunicado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con carácter previo y del modo en que lo establece el Decreto Nro. 328/88, que se encuentra vigente." "En la fecha 10 de diciembre de 2004, mi representada notificó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación dicha decisión, que tramitó bajo el Número de Expediente 1.101.803."

"En concordancia con la normativa vigente mi mandante notificó también al Sindicato de la Sanidad que en los términos y con los alcances previstos en el Decreto Nro. 328/88 y Resolución Nro. 317/88, a través de nota del 6 de diciembre de 2004, recibida el día 14.12.2004, que desvincularía sin causa a Máxima Parra Vera, quien a la fecha de la comunicación revistaba en la nómina de mi mandante como personal con categoría de Enfermera, encuadrada en el Convenio Colectivo de Trabajo Nro. 122/75 - Actividad Sanidad."

"El expediente referenciado tramitó por ante la Unidad de Tratamiento de Situaciones de Crisis del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, unidad ésta que finalmente se expidió sobre la presentación efectuada dando por cumplido el Decreto Nro. 328/88 y su resolución reglamentaria."

"Esta resolución emitida por la Unidad de Tratamiento de Situaciones de Crisis, dependiente del M.T. y S.S. de la Nación, tuvo a mi representada por cumplida la normativa vigente y la habilitó para que procediera a notificar el despido sin causa de la trabajadora."

"Así lo hizo San Timoteo S.A. a través del Telegrama Nro. 7, cuya copia se agrega a la documental que se acompaña, cuyo texto rezaba: `Prescindimos de sus servicios a partir del día de la fecha. Liquidación Final y Certificación de Servicios en término de ley a disposición'. Fecha 05.01.2005..." (ver fs. 119 vta.).-

Incumbía a la demandada acreditar las circunstancias precitadas, carga procesal que -insisto- no cumplió.-

En efecto, el informe del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación da cuenta de que la accionada inició con fecha 10/12/04 el Expediente N° 1.101.803/04, el cual tramitó por la Unidad de Tratamiento de Situaciones de Crisis, y que desde el 16/03/05 se encuentra archivado. Sin embargo, la autoridad de aplicación no remitió al juzgado las actuaciones pertinentes, por lo que no existe forma fehaciente de corroborar las aseveraciones formuladas por la accionada (ver fs. 347/51).-

El juzgado tuvo presente esa respuesta y la hizo saber a la demandada (ver fs. 354), quien requirió la remisión de un nuevo oficio al Ministerio de Trabajo (ver fs. 357), petición que no fue admitida expresamente por el juzgado (fs. 358), ante lo cual la parte no formuló en legal tiempo y forma observación alguna.-

De ahí que no cabe sino concluir que la demandada no logró demostrar el contenido de la petición supuestamente planteada ante la autoridad de aplicación por la vía prevista en el dec. 328/88, ni tampoco la respuesta que habría dado el organismo administrativo.-

De todos modos, cabe destacar que, aunque por vía de hipótesis se consideraran acreditados los hechos alegados por la demandada, igualmente su planteo resultaría inadmisibles por las siguientes razones.-

La constancia obrante a fs. 93/5, cuya autenticidad negada oportuna y categóricamente por la actora (ver fs. 146) no fue corroborada -insisto- por otro medio probatorio, pretende demostrar la existencia de un planteo fundado en el dec. 328/88 con la finalidad de despedir sin causa al personal detallado en un supuesto anexo de síntesis informativa, añadiendo que se recurre a ese procedimiento conforme lo establecido en el dec. 265/02, aclarando que la medida no afecta a más del 15% del personal, tal como surgiría del anexo aludido.-

Sin embargo, del único anexo de síntesis informativa adjuntado (fs. 94/5) surge que la única empleada a despedir era la actora, de un total de 292 trabajadores al 30 de noviembre de 2004, invocando medidas de reestructuración que serían "consecuencia de la situación económica actual que nos obliga a un replanteo de la estructura vigente", agregando que "Se adoptarán medidas para la reducción de gastos de funcionamiento operativo".-

En este contexto, no luce consistente la propuesta de acudir al procedimiento previsto en los dec. 265/02 y 328/88 para afectar a no más del 15% del personal de una dotación total de 292 trabajadores, fundada en una supuesta reestructuración económica, afectando sólo a una trabajadora: precisamente la actora.-

La inclusión de Parra Vera como única afectada del supuesto proceso de reestructuración, que supone por su propia definición y por el encuadramiento pretendido por la demandada un fenómeno de alcance colectivo, descarta la argumentación de esta última y corrobora la conclusión de que se trató de un despido discriminatorio antisindical.-

Por otra parte, y más allá de todas las consideraciones vertidas precedentemente, la accionada no produjo prueba idónea alguna acerca de la alegada reestructuración y de su eventual impacto en el puesto de trabajo ocupado por Parra Vera.-

No modifican la conclusión expuesta los testimonios de Piceda, Ferrario, Solis, Erlicher y López, por las siguientes razones.-

Piceda (fs. 200/1) manifiesta: "...que se entera a través de su supervisor inmediato, que la razón que le dan por la que deja de trabajar la actora es reestructuración de personal...".-

Es decir, el testigo no sólo carece de un conocimiento directo de las causas del despido de la actora, sino que no aporta elementos objetivos idóneos para definir la invocada "reestructuración de personal", lo que lleva a descartar su eficacia probatoria.- Ferrario (fs. 204/5) afirma dogmáticamente que el despido de Parra Vera habría obedecido a una "reestructuración y organización de servicios" que no objetiva de ningún modo, por lo que sus dichos no merecen credibilidad al respecto.- Solis (fs. 208/9) admite desconocer las razones de la desvinculación de la demandante.- Del mismo modo, Erlicher (fs. 218/9) manifiesta que cuando regresó de vacaciones se enteró que la actora ya no trabajaba en la clínica, sin aludir a razón alguna de esta desvinculación.-

López (fs. 338/9) afirma: "...que la actora dejó de trabajar para la demandada porque fue una decisión de la empresa o dirección médica administrativa, que lo sabe porque se lo informó recursos humanos el Lic. Ferrario..."

Es decir, más allá de basar sus dichos en informes de terceros, no alude ni siquiera implícitamente a la invocada reestructuración, circunstancias que imponen la desestimación del testimonio con la intensidad pretendida por la demandada (conf. arts. 386 y 456, C.P.C.C.N.).- Así las cosas, estimo probado que el despido de la actora fue un acto discriminatorio por motivos antisindicales.-

VII. Corresponde elucidar ahora si resulta fundada la pretensión de nulidad del despido articulada por la actora en el escrito de inicio.- La Dra. García Margalejo sostiene que es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que esta Sala hizo suyo por su intermedio en el pronunciamiento recaído el 17/2/04 en los autos "Failde Carlos Alberto c/Telefónica de Argentina s/juicio sumarísimo" (sentencia definitiva n° 66.890).- Señala, además, que el derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar también tiene rango constitucional (art. 14 C.N.) y requiere para su plena vigencia el ejercicio de las facultades regulares que lógicamente conlleva.- Concluye mi estimada colega de Sala que la Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema de estabilidad relativa impropia y que, en la especie, la demandada depositó en la cuenta bancaria de la actora la suma de \$ 75.423,79 concomitantemente y con motivo de la extinción del contrato de trabajo.-

VIII. Disiento de la argumentación expuesta por la Dra. García Margalejo, por las razones que expondré seguidamente.- 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 nunca 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 interprofesional (conf. Justo López, "Despido arbitrario y estabilidad", L.T. XXI-289 y ss.).- 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 y que es rechazada por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que alude a un supuesto derecho del empleador a despedir, incluso sin expresión de causa.- 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, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito..." (conf. Moisés Meik, "Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad", Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete, año 2003, inédito).- 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, págs. 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)... (C.S.J.N., 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido, considerando 10).- 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 arbitrario" 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..." (conf. Justo López, op. cit., ps. 297/99).- 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.) (conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", p. 178).- 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. 7 del Protocolo de San Salvador dispone 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 separación. 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..." Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador (conf. arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 180).-
Con posterioridad, y en la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de
Derechos Humanos señaló:

"...156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente..." (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).-
Por último, cabe recordar que el art. 18 del Código Civil dispone:

"Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".-

El cuadro descrito precedentemente me lleva a formular las siguientes conclusiones:

1) El despido ad nutum, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo.-

2) Es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descrito en el párrafo anterior, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.-

3) El contenido esencial de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación, conferidos al empleador, no comprende la potestad de despedir a los trabajadores ad nutum, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria.-

Las consideraciones vertidas precedentemente tienen la exclusiva finalidad de fundar mi respetuosa discrepancia de uno de los argumentos substanciales expuestos por la Dra. García Margalejo para apreciar la fundabilidad de pretensiones como las que dan origen a este proceso de amparo, pero no implican expedirme en el sentido de que la nulidad del despido ad nutum sea la única sanción jurídica constitucionalmente aceptable frente a un despido incausado. Tampoco resulta pertinente ni insoslayable pronunciarse en esta causa acerca de la constitucionalidad de las normas de la L.C.T. (t.o.) que reglamentan los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, toda vez que -a mi modo de ver- las citadas normas no regulan la situación planteada.-

X. De todos modos, y sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando por vía de hipótesis se compartiera la descalificación de un sistema genérico de nulidad del despido como modo razonable de reglamentación de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, igualmente la pretensión de la actora resultaría fundada toda vez que la decisión rescisoria de la demandada quebranta el principio fundamental de no discriminación.- Es decir, la accionada no sólo ha vulnerado los derechos de la actora a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo al constituir el despido un acto incausado y, por tanto,

ilícito, sino también ha transgredido el derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrante del jus cogens, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquella cuya sanción no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo.- 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 jus 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 la actora, 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 "jus cogens", incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.- Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo-, constatando la universalidad de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.-

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

Las normas del jus cogens obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en "Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20).-

En similar sentido, explica Barbagelata que "todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de jus cogens (conf. Héctor-Hugo Barbagelata, "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000,

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

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

"...103.En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminaciones de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles,

administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales."

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

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

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

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

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

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

"148. El Estado 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..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).-
Por su parte, el juez Cançado Trindade, en su voto concurrente, precisó :

"...44. Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín principium) que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (prima principia) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho..."

"...47... la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha buscado identificar los "principios y derechos fundamentales en el trabajo", mediante Declaración adoptada en junio de 1998..."

"...50. En la medida en que se forma un nuevo corpus juris, hay que atender a la apremiante necesidad de identificación de sus principios. Una vez identificados, estos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de "justificación" de la "realidad" de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe este operar con base en sus principios fundamentales, pues de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico..."

"...56. La salvaguardia y prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifican con el propio fin del Derecho, del orden jurídico tanto nacional como internacional. En virtud de este principio fundamental, toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su estatuto de ciudadanía, o cualquier otra circunstancia. El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano, a su vez, se identifica con una premisa básica de la construcción de todo el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos."

"57. No puede haber dudas en cuanto al alcance de los referidos principios fundamentales, y, si por ventura existieran dudas, es función del jurista aclararlas y no perpetuarlas, para que el Derecho realice su función primordial de impartir justicia. Es aquí que el ineluctable recurso a los principios del Derecho puede ayudar a disipar cualquier duda que se pueda plantear en cuanto al alcance de los derechos individuales. Es cierto que las normas son las jurídicamente obligatorias, pero cuando ellas se apartan de los principios, su aplicación conlleva a lesiones de los derechos individuales y a graves injusticias (v.g., la discriminación de jure)."

"58. En realidad, cuando reconocemos principios fundamentales que conforman el substratum del propio ordenamiento jurídico, ya nos adentramos en el dominio del jus cogens, del derecho imperativo. En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el jus cogens) como identificado con los principios generales del derecho de origen material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión. Tales principios son indispensables (el jus necessarium), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una "idea de justicia objetiva" (el derecho natural) son consustanciales al propio orden jurídico internacional."

"59. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su corpus juris, es precisamente el principio de la igualdad y la

no-discriminación...A la par del elemento constitutivo de la igualdad -esencial al propio Estado de Derecho-, el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales, asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La discriminación es definida, en las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación, esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal."

"60.Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y la no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario...la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, -al igual que la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana- en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados..."-

"...68.De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del Derecho Internacional el no limitarse éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de 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"-."

"69.La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales inderogables. La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la terra nova del jus cogens internacional..."

"...70.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. Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho...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."

"71.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. Ya en su Opinión Consultiva de 1951 sobre Reservas a la Convención contra el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a aquella Convención eran reconocidamente "obligatorios para los Estados, aún en la ausencia de cualquier obligación convencional".-

"72. Así como, en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, se reconoció el principio básico del non-refoulement como siendo del jus cogens, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconoció igualmente el carácter de jus cogens del principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación..."

"...73...la emergencia y consagración del jus cogens evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del jus necessarium sobre el jus voluntarium; el jus cogens se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían..."-

"...76. En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia pari passu de consideraciones superiores de ordre public, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el jus cogens) y de las obligaciones erga omnes de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo). El jus cogens, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes del poder público como a los particulares."

"77. A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones erga omnes desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones erga omnes de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan a todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones erga omnes partes), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones erga omnes lato sensu). En una dimensión vertical, las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)."

"78. Para la conformación de esta dimensión vertical han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones erga omnes de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1 (1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos erga omnes, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares..."-

"...79...Por definición todas las normas del jus cogens generan necesariamente

obligaciones erga omnes..." (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 del Juez Antonio A. Cançado Trindade).- La parte pertinente del voto concurrente del juez García Ramírez reza: "...16.La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del jus cogens, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones erga omnes..."- "...27...los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores...pertenecen a la categoría de los denominados "económicos, sociales y culturales"..., tienen el mismo rango que los llamados "civiles y políticos". Unos y otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas." "28.Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos..." "...36.La proclamación de derechos sin la provisión de garantía para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia..." (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 del Juez Sergio García Ramírez).- 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 suprallegal, sino también normas imperativas de orden público

internacional.-

3) En caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, 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 esa 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 sentido, el art. 1 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Nº 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 Nº 98" (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).-

"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" (297 informe, casos núms. 1678, 1695 y 1781, párrafo 426; 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. 162).-

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio por motivos antisindicales, 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.-
El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado arbitrariamente amparado por las normas de jerarquía constitucional y suprallegal mencionadas y por el jus cogens, razón por la cual la garantía plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo.- De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.- En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.-
Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.-
El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, y desde su incorporación al 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 (cfr. Palomeque-López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación MAPFRE, pronunciada el 11/11/91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral N° 4 -semana 27 de enero-2 de febrero 1992-, ps. 37/44).-
Ahora bien, el art. 14 bis de nuestra Carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor.-
Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio 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..." (cfr. C.Fed. La Plata, disidencia del Dr. Leopoldo Schiffrin, 24/4/91, "Leira, Manuel P. L. c/Y.P.F.", J.A., n° 5721, p. 21 y sgtes.).- El art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente: "Corresponde al Congreso:..." "...Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social..."-.

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos: "...Se trata de la justicia en su más alta expresión...", cuyo contenido "...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (cfr. C.S.J.N., 13/99/74, "Bercaitz, Miguel Angel", Fallos 289:430).- Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: "el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su Preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social" (cfr. Fallos: 278:313).-

Asimismo, según la Corte Suprema, "las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar" (Fallos: 293:551 y 556), conjugándose con los valores de "cooperación" y "solidaridad" (C.S.J.N., 3/5/84, "Gutiérrez c/Y.P.F.").- "El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en

principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional", lo que "sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).- Al decir de Masnatta, la recepción expresa de la justicia social "como norte de las decisiones económicas", habilita la "función transformadora" de la Constitución. A partir de la etapa "post-constitucional" le compete al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitan el desarrollo productivo con justicia social. Constituye, asegura, una "plataforma de lanzamiento" para nuestros legisladores y nuestros jueces (cfr. Masnatta, Héctor, "Interpretación de la Constitución", L.L., diario del 3/10/94).- Según el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el Congreso, entre otras medidas, deberá:

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

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

Entre los destinatarios de las normas que, como medidas de 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..." (STC 3/1983 de 25/1, cit. por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, "Estado Social y Derecho del Trabajo", en

"Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)", coordinado por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23).- La exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación del plexo normativo y principista descrito precedentemente, llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminador contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa.-

Resulta inaplicable al presente caso la solución consagrada por el art. 11 de la ley 25.013, teniendo en cuenta las fechas de celebración y extinción del contrato de trabajo entre las partes (conf. arts. 5º, ley 25.013 y 41, ley 25.877).- Deviene irrelevante el hecho de que la demandada haya depositado oportunamente la suma de \$ 75.423,79 concomitantemente y con motivo de la extinción del contrato de trabajo, tendiente a cubrir las indemnizaciones tarifadas por despido incausado e intempestivo, toda vez que la actora ha expresado firmemente su voluntad de permanecer en el cargo a través de la pretensión de nulidad del despido amparada por las normas citadas precedentemente, y esa voluntad debe prevalecer en el presente caso sobre cualquier otra interpretación posible por tratarse de una garantía de carácter personal fundada en el plexo normativo precitado.-

El despido discriminatorio padecido por la actora es un acto nulo de objeto prohibido y, además, ilícito, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la acción de amparo, declarando la nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo, y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y concs., C. Civ.; 1º, ley 23.592).- Propongo fijar la reparación del daño material en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación, la que será calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (conf. arts. 165, C.P.C.C.N. y 1º, ley 23.592).- Por otra parte, los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (art. 1.050, C. Civ.); de allí que -como postulo en el párrafo anterior- los salarios deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato, en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que la actora puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. art. 103, L.C.T. -t.o.-), tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el art. 505, inc. 1º, C. Civ., máxime que en el caso la comunicación del despido se produjo el 5 de enero de 2005 y la acción judicial fue interpuesta el 1º de febrero de 2005 (ver cargo mecánico de fs. 76 vta.), es decir, en forma casi inmediata.-

No obsta a la conclusión expuesta el hecho de que con posterioridad a la desvinculación material la actora haya prestado servicios como enfermera para la Clínica San Camilo, por las siguientes razones.-

En primer lugar, porque ese desempeño sólo se limitó al lapso comprendido entre el 4 de febrero y el 30 de abril, ambos de 2005 (ver respuestas de la actora a las preguntas 3º y 4º formuladas por la demandada -fs. 146- e informe de fs. 454)

En segundo término, y esto es decisivo y relevante, porque la demandada no alegó ni

tampoco demostró que ese desempeño se superpusiera horariamente con la jornada comprometida por la actora en la Clínica del Sol explotada por San Timoteo S.A., ni que Parra Vera se desempeñase para esta última en forma exclusiva.- También considero fundada la pretensión de resarcimiento de daño moral, la que auspicio fijar equitativamente en la suma de \$ 5.000, calculada a valores vigentes a la fecha de este pronunciamiento, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso (conf. arts. 522, C. Civ. y 1º, ley 23.592).- Considero relevante destacar que la nulidad del despido discriminatorio y el consecuente derecho de la trabajadora demandante a la readmisión en el empleo postulados a través de este voto reconoce destacados precedentes en la jurisprudencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (conf. C.N.A.T., Sala X, sent. def. n° 9.679, 20/06/2001, "Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES s/acción de amparo"; Sala VI, sent. def. n° 56.971, "Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L. s/juicio sumarísimo", 10/03/2004;; Sala IX, sent. n° 12.488, 31/05/2005, "Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina S.A. s/despido").-

XI. Por todo lo hasta aquí expuesto, sugiero revocar la sentencia de grado, hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por Máxima Parra Vera contra San Timoteo S.A., declarando la nulidad del despido dispuesto por esta última, y condenando a la demandada a readmitir a la actora dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado (conf. arts. 666 bis, C. Civ. y 37, C.P.C.C.N.), y a abonar dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que practicará el perito contador en la etapa de ejecución en concepto de reparación de daño material una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde el 5 de enero de 2005 hasta la efectiva reincorporación, y una suma en concepto de resarcimiento de daño moral, la que propongo fijar en \$ 5.000. Los referidos importes devengarán intereses desde la fecha de su exigibilidad (la reparación del daño moral desde el 5/01/05) y hasta el efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (C.N.A.T. Acta 2357 del 7.05.02 ref. por Res. 8 del 30.05.02).-

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

EL DOCTOR JULIO CESAR SIMON manifestó:
Adhiero al voto del Dr. Zas por compartir sus fundamentos y agrego: soy de aquellos que, siguiendo las enseñanzas de Justo López, sostienen que no existe un derecho del empleador a despedir al trabajador sin causa, antes bien existe un derecho del trabajador, garantizado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional a que no se lo despidan arbitrariamente.- El despido sin causa producido en el ámbito del derecho privado sería una violación a ese derecho y, por eso, es penado con una sanción.- Pero existen ciertos casos en que el empleador -aún aquél regido por el Derecho del Trabajo- no puede despedir sin recurrir a un procedimiento especial de autorización -en

algunos supuestos- o, agrego, cuando el despido es discriminatorio.- Esto último porque, según entiendo y disipadas las dudas que según algunos podía generar una norma como la del art. 11 de la ley 25.013 derogada por la ley 25.877, la sanción de nulidad se produce porque el acto discriminatorio, como tal, está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.-

Esta prohibición resulta de infinidad de normas, algunas constitucionales como los arts. 14, 14 bis, 16, otras de jerarquía constitucional, así el Convenio 87 de la OIT, al que remiten los Pactos de Nueva York, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ese mismo pacto de Derechos Civiles y Políticos en su parte II, art. 2º, inc. 1º, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos, La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. También está plasmada en el art. 1º de la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR que dispone: "todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación sin distinción de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes" y aunque he formulado en lo personal algún reparo a la aplicación de sus normas en el derecho interno, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha citado como integrándolo en el leading case "Aquino".- Ahora bien, supuesto que nos encontremos frente a un despido discriminatorio, ¿qué normas del derecho interno deben aplicarse?. A mi juicio -coincidiendo por otro lado como en todo su voto con el Dr. Zas- no existe norma específica en el Derecho del Trabajo sobre el punto, recuérdese que esa disposición de la ley 25.013 derogada no alcanza el supuesto de autos -aclaro que, por lo demás, existían en su momento fundadas dudas sobre su vigencia, tanto por un veto cercenatorio cuanto por su oposición a normas de mayor jerarquía- pareciera que cabe aplicar, en primer término, el Código Civil.- Como señalara Justo López -referencia insoslayable en esta materia- el derecho civil tiene la peculiar posición de ser "derecho común" puesto que "se refiere a los individuos, como seres humanos, sin tomar en cuenta su profesión, sus ocupaciones, sin averiguar si son comerciantes, industriales, trabajadores, campesinos, burgueses, o sin ninguna profesión. Constituye lo que se llama el derecho común, esto es, el derecho que debe ser aplicado a menos que exista disposición excepcional aplicable al caso concreto" (conf. "Incidencia del derecho Civil en el derecho del Trabajo", en L.T., XXX-A, págs. 193 y ss.). De forma tal que las normas del derecho civil tienen vocación para ser aplicadas (subsidiariamente) cuando faltan normas para regular el caso en las materias propias de las otras ramas de derecho privado.-

Por supuesto que reconozco la autonomía del derecho del trabajo, es más la defiendo, pero reconozco -siguiendo también a López- que esta autonomía es relativa, ya que no cabe pensar en un aislamiento absoluto entre él y las demás ramas del Derecho.- Ahora bien el maestro López indicaba que los límites a la aplicabilidad de las normas civiles se dan cuando existe incompatibilidad y tal incompatibilidad se muestra de dos maneras 1) la existencia de una norma laboral expresa distinta y 2) la incompatibilidad de la norma civil -incluso en el supuesto de carencia de norma laboral- con los principios generales especiales del derecho del trabajo.- ¿Existe, quizás, un principio del derecho del trabajo que autorice al empleador a despedir

arbitrariamente? No sólo nunca ha sido enunciado como tal, que yo sepa, ni se puede deducir -a mi entender- de los principios del Derecho del Trabajo generalmente conocidos (conf. Plá Rodríguez, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", Depalma, 1978).-

Pareciera que lo que se quiere sostener cuando se pretende la inaplicabilidad de la ley 23.592 y el Código Civil es que el empleador tiene derecho a despedir sin causa -lo que ya hemos aventado a la luz de lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pero de lo que carece, sin ninguna duda, es de derecho a despedir discriminatoriamente y que ese despido valga, esto es que el acto discriminatorio se consume, en este caso las normas aplicables lo impiden por vía de la nulidad (conf. "Es inconstitucional el derecho a la estabilidad", L.T. XVII-A, págs. 385 y ss.)

Lo dicho viene a cuento porque cuando nos encontramos frente a un despido discriminatorio -y coincido con el Dr. Zas que el de la actora lo fue- la nulidad se impondría por aplicación de lo dispuesto en los arts. 953 y 1044 del Código Civil. El despido discriminatorio es nulo porque está prohibido. Pretender que esas normas no se apliquen al trabajador implicaría una nueva discriminación inaceptable.- Quiero invocar por lo demás lo indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mentado caso "Aquino" puesto que la intención de desplazar al Derecho Civil cuando este aporta soluciones que cumplen con el precepto constitucional de proteger el trabajo en sus diversas formas no es nueva, ya se intentó sin éxito en su momento con la aplicación del art. 1113 del Código Civil a los dependientes, más tarde con la Ley de Riesgos del Trabajo y, ahora, en lo atinente al despido discriminatorio.- Por lo demás se llega a idéntica solución por aplicación de la ley 23.592, en tanto que esa es la norma general de aplicación al acto discriminatorio. Sobre el punto reitero lo antes indicado en relación a la aplicación de normas generales, en el caso una específica en cuanto a la discriminación pero general en cuanto a su campo de aplicación personal, ya que ésta ordena reponer el estado de cosas anterior al acto lesivo, y en el caso, para lograr tal objeto, es necesario dejar sin efecto -nulificar- el acto del empleador.- Ahora bien, coadyuvando con lo afirmado por mi colega el Dr. Zas en su voto, coincido con que la que debía probar que el acto no era discriminatorio era la empleadora. Sin perjuicio de agregar algunas líneas sobre la jurisprudencia de los órganos de aplicación de la norma internacional en relación al punto, comienzo por señalar que la accionada no sólo no probó que el despido no fue discriminatorio sino que, por el contrario -discrepando con mi distinguida colega Dra. García Margarejo- creo que del expediente surge lo contrario- ya que la demandante fue despedida por razones de reestructuración, pero fue la única despedida entre los más de doscientos empleados, ¿qué reestructuración es esa que alcanzaba sólo a la actora?, la respuesta no resulta clara de la causa, máxime cuando la accionante tenía los antecedentes sindicales destacados en su voto por el Dr. Zas.- Adelanté que adhería a lo indicado por el Dr. Zas respecto de la carga de la prueba. La jurisprudencia de los organismos de control y aplicación del Convenio 87 llevan a esa conclusión y no puedo dejar de señalar que en el caso "Simón", tanto el Procurador General de la Nación, como los magistrados intervinientes señalan que cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, refiere a las condiciones de vigencia pretende que se interpreten y apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (con cita en el caso "Girolodi", Fallos: 328:514), ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina, tal como funcionan

en el orden internacional incluyendo la jurisprudencia de dicho ámbito relativa a esos tratados.-

En ese sentido la referencia que se formula en nuestra Constitución a los Tratados incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (Fallos, 320: 2145, considerando 7°). Así en el mentado caso Simón se indicó que "los tratados internacionales sobre derechos humanos -y, agrego, los del Derecho del Trabajo seguramente lo son como bien se encargó de señalar en su Memoria para la 75° reunión, el entonces Director General de la OIT, conf. "Los Derechos Humanos son Responsabilidad de Todos", Ginebra -Suiza- 1988)- deben ser interpretados conforme el derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional.-

Por lo tanto, reitero, por sus propios argumentos y los que más arriba indico, adhiero al voto del Dr. Zas.-

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE: 1) Revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por Máxima Parra Vera contra San Timoteo S.A., declarando la nulidad del despido dispuesto por esta última, y condenándola a reinstalar a la actora dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado (conf. arts. 666 bis, C. Civ. y 37, C.P.C.C.N.), y a abonar dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que practicará el perito contador en la etapa de ejecución en concepto de reparación de daño material, una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde el 5 de enero de 2005 hasta la efectiva reincorporación y, la suma de \$ 5.000 (PESOS CINCO MIL) en concepto de resarcimiento de daño moral. Los referidos importes devengarán intereses desde la fecha de su exigibilidad (la reparación del daño moral desde el 5/01/05) y hasta el efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (C.N.A.T. Acta 2357 del 7.05.02 ref. por Res. 8 del 30.05.02).2) Dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios. Imponer las primeras, en ambas instancias, a cargo de la demandada y diferir la regulación de honorarios para el momento en que esté determinado definitivamente el monto de condena. Regístrese, notifíquese con carácter urgente y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.//-

Fdo.: María C. García Margalejo - Oscar Zas - Julio César Simon