

# EL DESPIDO REPRESALIA CONTRA EL TESTIGO QUE DECLARA EN UN PROCESO EN EL QUE ES PARTE EL EMPLEADOR, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

---

*Oscar Zas*

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina  
Miembro del Consejo Consultivo y Fiscal de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo  
Profesor Titular de Cátedra de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina

SUMARIO: I. El derecho del trabajador a no ser discriminado; II. El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador; III. La protección contra el despido arbitrario y el derecho al trabajo; IV. Las consecuencias jurídicas del despido discriminatorio; V. El despido discriminatorio frente a decisiones empresariales discrecionales o no causales; VI. La carga de la prueba en el despido discriminatorio.

## I. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A NO SER DISCRIMINADO

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 el Derecho 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.<sup>1</sup>

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*.<sup>2</sup>

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación.<sup>3</sup>

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección general de los derechos humanos.

El término discriminación hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

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.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Ermida Uriarte, Oscar, “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.

<sup>2</sup> Barbagelata, Héctor-Hugo, “Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías”, en revista Judicatura, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, N° 41, p. 134.

<sup>3</sup> Arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Argentina -C.N.-; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y concs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño. Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, pub. en Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, p. 181, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997.

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

<sup>4</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, 10.11.1989.

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.

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

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.

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*.

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.

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.<sup>5</sup>

En el mismo sentido, caracterizada doctrina, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del derecho internacional general.

Así, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituye en la etapa actual del derecho internacional un derecho humano laboral recogido en normas imperativas o de *jus cogens*. En otras palabras, es una prohibición que constituye el *jus cogens* laboral.<sup>6</sup>

## **II. EL DESPIDO REPRESALIA CONTRA EL TESTIGO QUE DECLARA EN UN PROCESO EN EL QUE ES PARTE EL EMPLEADOR**

Este tipo de despido constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminatoria, toda vez que encuadra en la noción de discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico formulada precedentemente.

---

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

<sup>6</sup> Canessa Montejo, Miguel F., "Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *jus cogens* laboral", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, n° 72, p. 144.

En efecto, la prohibición de la discriminación tiene un origen reciente (de hecho, su desenvolvimiento, hasta alcanzar su dimensión actual, comienza a partir de la Segunda Guerra Mundial), y sus presupuestos son muy diversos, pese a que conceptualmente guarde una estrecha relación con la igualdad.

Su presupuesto teórico reside en las transformaciones operadas en la concepción de lo que debe ser la igualdad en un Estado Social de Derecho, que necesariamente apuntan hacia la sociedad, y al reequilibrio de las desigualdades en ella existentes, que niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual de derechos. El avance, lleno de dudas, hacia un sentido sustantivo de igualdad como objetivo, por lo mucho que tiene de crítica a esta situación social, prejuzgada, es el presupuesto último en el que hunde sus raíces la prohibición de discriminación, aunque no necesariamente se confunda con ella. Junto al anterior, se encuentran otros valores constitucionales que, al cruzarse con él, dan razón del sentido de la prohibición, y de su morfología y alcance: fundamentalmente, los valores inherentes a la dignidad de la persona humana.

La positivización de la prohibición de discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de «iguales» a éstos.

Además, esta marginación tiene su origen en la pertenencia de los marginados a grupos delimitados por la concurrencia en sus miembros de condiciones personales, innatas al hombre, o resultado de opciones elementales, ejercitadas en uso de sus libertades esenciales. De ahí la vinculación con la idea de dignidad humana, que, integrada en la variable anterior -la necesidad de otorgar un contenido real a la igualdad- arroja el área potencial de acción de la prohibición de discriminación. En otras palabras: la prohibición de discriminación no es tanto, o no es sólo, un precepto de igualdad. Lo que tipifica a la discriminación es esta doble matriz teórica, que se pone de manifiesto con sólo repasar sumariamente el desarrollo del concepto, particularmente en la normativa internacional, y que le vincula también y de forma necesaria con la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia requiere que se erradiquen estas manifestaciones de menosprecio hacia los mismos, y se subsanen los efectos por ellas provocados.

Desde este punto de vista, la idea de igualdad viene entendida en un sentido más amplio, como desequilibrio peyorativo en el tratamiento que reciben los colectivos marginados por alguna de esas circunstancias que se acaban de mencionar, y es una fórmula que opera de una forma sumamente flexible; en todo caso, muy distinta de la propia del principio de igualdad formal. De ahí que la comparación, la casuística concreta, ineludible en el juicio de igualdad, sin que pueda excluirse -porque muchas veces la discriminación se manifiesta en desigualdades puntuales-, tenga aquí escasa trascendencia, pues lo que realmente importa es el resultado de perjuicio a una persona o grupos de personas cuya dignidad queda en entredicho por

la misma naturaleza causal del origen del perjuicio. Y ello aun cuando en cada caso concreto no exista un término de comparación, constituido por un sujeto o grupo de sujetos que se han visto beneficiados por los actos u omisiones que perjudican a los discriminados. La cualificación por el resultado, porque es manifestación de una posición social de desventaja, es lo que realmente tipifica a la discriminación. Por eso es posible detectarla en cualquiera de sus manifestaciones; aquellas en las que el resultado prohibido de diferenciación fundada en motivos inadmisibles se produce de forma directa -ya sea voluntaria o no, abierta u oculta-, tanto como en aquellas en las que el resultado se produce por la proyección de medidas de apariencia y significado neutrales, por alejados externamente de los criterios prohibidos, con efecto irrazonablemente perjudicial sobre los sujetos marginados (discriminaciones indirectas). Todo ello permite captar el sentido sustancialmente unilateral, protector, de la prohibición de discriminación, sin que tenga lógica alguna entender que las circunstancias eliminadas como factores legítimos de diferenciación son armas neutras, susceptibles de ser usadas para amparar tanto a los sujetos marginados como a los que no lo son. Si así fuera -y así sucederá si se insiste en proyectar sobre la discriminación la lógica del principio de igualdad, cuya entidad es bilateral, por lo mismo que descansa por naturaleza en la comparación y en la valoración de la razonabilidad de sus resultados- se provocaría un vaciamiento del concepto, una sustancial pérdida de su sentido, y se crearía un obstáculo para apreciar la legitimidad de las medidas adoptadas para suprimir la discriminación.<sup>7</sup>

En esta inteligencia, en el plano individual, toda discriminación adquiere un carácter humillante, inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar los bienes y derechos. La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo.<sup>8</sup>

La dignidad humana es una realidad difícil de definir y puede ser considerada desde diversos puntos de vista. En relación con la discriminación, interesa adoptar una perspectiva social, que considere la sociedad en su conjunto y contemple la dignidad personal en su dimensión intersubjetiva, esto es, a partir de la situación básica de la persona en su relación con los demás. Desde este punto de vista, la dignidad expresaría el reconocimiento de la igualdad y la libertad (en igualdad) que a todos los seres humanos corresponde por el hecho de serlo, suponiendo una exigencia de paridad en la estimación social y en la posición jurídica básica de todas las personas, mandato incompatible con la discriminación.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Fernández López, M<sup>a</sup> Fernanda, “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, Relaciones Laborales, Editorial La Ley, España, 1993, tomo 1, p. 151.

<sup>8</sup> Valdés Dal-Re, Fernando, “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, en “Igualdad de género y relaciones laborales”, Valdés Dal-Re, Fernando y Quintanilla Navarro, Beatriz (directores), Ministerio de Trabajo e Inmigración - Fundación Francisco Largo Caballero, España, 2008, p. 29.

<sup>9</sup> Álvarez Alonso, Diego y Álvarez del Cuvillo, Antonio, “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación

En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos la dignidad aparece siempre conectada con la igualdad en un binomio inescindible, del que nace la prohibición de discriminación, en tanto que los motivos discriminatorios prohibidos colocan a ciertas personas y grupos en una situación adversa o de inferioridad que supone una negación de esa igualdad básica de todos, y por ende, una afrenta a la dignidad humana.<sup>10</sup>

Desde la perspectiva delineada precedentemente, la ausencia de tutela de la normativa antidiscriminatoria no puede estar basada en la sola circunstancia de que la declaración testimonial no sea uno de los motivos de discriminación enunciados en las normas jurídicas pertinentes, pues esa enumeración no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, ni una interpretación restrictiva del alcance de cada uno de ellos.

En efecto, las causas expresamente indicadas en esas normas son las más extendidas socialmente y las que determinaron la aparición de la tutela antidiscriminatoria. Tal reconocimiento positivo se explica por el carácter odioso e históricamente arraigado de ciertas formas de discriminación, y tiene la virtualidad de despejar toda duda del intérprete acerca del tratamiento que merecen tales conductas. Sin embargo, la prohibición de discriminación se extiende a todas las conductas que participen de la misma lógica vejatoria de la diferenciación a partir de la pertenencia del sujeto a un grupo, de modo que resulta adaptable a los cambios sociales y permite hacer frente a todo tipo de discriminaciones, aun cuando no estuvieran previstas inicialmente.

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” a la que alude el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresamente reconocidos en la norma precitada. Los motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.<sup>11</sup>

---

y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, Revista Española de Derecho del Trabajo, Thomson - Civitas, Madrid, España, octubre-diciembre 2006 (132), p. 1028/9; Pérez Luño, A. E., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, 5ª ed., Tecnos, Madrid, España, 1995, p. 318.

<sup>10</sup> Preámbulo y arts. 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Preámbulo y art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Preámbulo y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>11</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación General Nº 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2/07/2009.

Sin ánimo de exhaustividad, el CDESC enuncia entre los motivos de discriminación que podrían ser prohibidos en determinados contextos, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil, la situación familiar, la orientación sexual, la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia, la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una situación psiquiátrica de forma involuntaria y la situación económica y social.

El art. XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, norma de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.) dispone:

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

Por tanto, prestar declaración veraz como testigo en un proceso constituye un deber impuesto por una norma de jerarquía constitucional reglamentado por diversas normas legales.<sup>12</sup>

Mediante su declaración veraz el testigo contribuye a la consolidación de valores y principios constitucionales, como el de afianzar la justicia, dada su inmediata vinculación con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de las funciones atribuidas a éstos por el art. 116, C.N.

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

El elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes, incluido el laboral.<sup>13</sup>

Es más, cuando la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para “la determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

---

<sup>12</sup> El art. 426 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.) dispone:

“Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley”.

El art. 89, párr. 2º de la Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo establece en lo pertinente que:

“...Los testigos que no comparecieren sin justa causa serán conducidos por medio de la fuerza pública, salvo que la parte que los propuso se comprometiere a hacerlos comparecer o a asistirlos en caso de inasistencia...”.

El art. 440, C.P.C.C.N. prescribe:

“Antes de declarar, los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes”.

El art. 275 del Código Penal Argentino dispone en lo pertinente:

“Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente...En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.”

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.01.2001, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párr. 70; 2.02.2001, Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 125 y 6.02.2001, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párr. 103.

Por esta razón, cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la CADH.<sup>14</sup>

En este contexto, la protección frente a medidas de represalia adoptadas por el empleador contra el trabajador que testifica verazmente en un proceso en el que son partes aquél y otro trabajador, también garantiza indirectamente el derecho de este último a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en ese proceso, máxime que los trabajadores son sujetos de preferente tutela constitucional.<sup>15</sup>

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

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

Si bien la condición de testigo o el concreto cumplimiento del deber impuesto por la citación a declarar en un proceso no es una razón discriminatoria expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, cabe ser incluida en la cláusula abierta de “condición social”<sup>16</sup>, y en la mucho más amplia de “cualquier otra condición”.<sup>17</sup>

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<sup>18</sup>.

En este contexto, “cualquier otra condición” es el motivo de discriminación más amplio y favorable para la tutela del trabajador a la luz del cual, y siguiendo los criterios expuestos precedentemente, el despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador resulta discriminatorio.

Lo verdaderamente relevante es que el tratamiento desigual basado en la condición de testigo del trabajador y en su adscripción a un determinado grupo o categoría social (los trabajadores que testifican verazmente en procesos en los cuales

---

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, párr. 71; Caso Ivcher Bronstein, párr. 104, ambos citados en la nota 13.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 14.09.2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”, Fallos: 327:3677.

<sup>16</sup> Arts. 1º de la ley 23.592, 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>17</sup> Art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>18</sup> 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. Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, obra citada en la nota 3, p. 180. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva citada en la nota 5.

son parte los empleadores) revela o presupone la existencia de una regla social implícita de discriminación por la pertenencia a ese grupo de la que participa objetivamente el empresario. La lesión a la dignidad reside en esa asociación entre la pertenencia al género o categoría y la posición sistemática de desigualdad, pauta de conducta que debe ser eliminada, bien para erradicar las desigualdades que colectivamente vienen sufriendo los grupos históricamente discriminados, bien para evitar que la generalización de esa asociación se traduzca en el surgimiento de nuevos grupos marginados.

Desde esta perspectiva, la regla antidiscriminatoria pretende hacer frente, no sólo al perjuicio directamente sufrido por la víctima directa del tratamiento discriminatorio, sino también a la peligrosidad social y a la ilicitud de los comportamientos discriminatorios, en tanto que coparticipes de una pauta de conducta perjudicial, tanto actual como potencialmente, para un determinado conjunto de personas (los trabajadores que testifiquen verazmente en procesos en los que sea parte el empleador), e incompatibles con principios, valores y derechos constitucionales vinculados al adecuado funcionamiento del Poder Judicial y a la defensa en juicio de los trabajadores.

El despido del trabajador en represalia por haber declarado verazmente como testigo en un proceso en el que es parte el empleador se revela como manifestación de una pauta de comportamiento social de tratar en forma distinta a los integrantes de dicho grupo o categoría al que se vincula aquél, contribuyendo -aún de modo potencial- a la situación de las personas pertenecientes a ese colectivo en un estatuto jurídico-social de inferioridad.

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

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

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

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

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

El Convenio N° 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18, “El derecho al trabajo”, 24.11.2005.

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

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

Los caracteres reseñados en los dos párrafos anteriores llevan a sostener que las OGs. resultan, lisa y llanamente, fuente del derecho constitucional argentino.<sup>20</sup>

En este contexto, por reenvío expreso de la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta aplicable al despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador el art. 5.c) del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no haya sido ratificado por la República Argentina.

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

El derecho de “*todos los habitantes de la Nación*”, entre ellos naturalmente los trabajadores, a la comunicación de información veraz a los jueces o tribunales, en calidad de testigos, salvo las razonables exclusiones consagradas en las normas procesales, está incluido dentro de la categoría de los derechos constitucionales no enumerados a los que alude el art. 33 de la Constitución Argentina.<sup>21</sup>

El trabajador que declara como testigo también resulta tutelado por la aplicación de la CADH, pues en el marco de su art. 13 está comprendido el derecho de toda persona “*a la libertad de...difundir informaciones...de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...*”.

---

<sup>20</sup> Gialdino, Rolando E., “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 23 (diciembre 2006), Lexis Nexis, p. 2085/6 y 2090. Este criterio es seguido por el máximo tribunal argentino (ver sentencia mencionada en la nota 64).

<sup>21</sup> El art. 33 de la Constitución Argentina dispone:

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

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

La libertad de expresión -en cuyo marco encuadra el derecho a difundir informaciones, según el art. 13 de la CADH- es uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia<sup>22</sup> y no cabe restringirla a los periodistas o al ejercicio de la profesión periodística, pues tal derecho lo tienen todas las personas y no sólo los periodistas a través de los medios masivos de comunicación.<sup>23</sup>

El bien jurídico tutelado por la libertad de difundir información veraz no desaparece por el mero hecho de que la comunicación se produzca ante el juez o tribunal y en el contexto de un proceso o actuación judicial.<sup>24</sup>

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

### **III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO Y EL DERECHO AL TRABAJO**

Con la lucidez que los distingue, Baylos Grau y Pérez Rey advierten que en el contexto de la funcionalización al mercado de la economía laboral, sobre la base de su aptitud para estimular los procesos de generación o destrucción de empleo, se coloca en un lugar central el coste del despido como elemento orientador de los procesos económicos que favorecen o distorsionan el mercado de trabajo y la creación de empleo.

En esta determinación predominantemente economicista, el despido se mide en función de sus repercusiones sobre el mercado de trabajo y sobre la voluntad preformativa del empresario como sujeto general al que se confía la creación de riqueza.

---

<sup>22</sup> Art. 4 de la Carta Democrática Interamericana.

Según la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

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

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

Este derecho también está amparado por otros pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, tales como el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2.05.2008, Caso Kimel vs. Argentina, voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, párr. 5.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional de España, STC 197/1998 de 13.10.1998.

El despido resulta sumergido literalmente en los mecanismos económicos de regulación del mercado con mayúsculas, el de bienes y servicios, donde encuentra su lugar el mercado de trabajo con minúsculas, preorientado en su dinámica por la lógica general que se desprende de aquél que le contiene. El despido resulta “incrustado” en las elucubraciones sobre la libertad (de empresa, de mercado) y sobre la liberalización (de empresas, de servicios, de mercados) que funcionan como fórmulas rituales que explican la gestión de los procesos económicos, de las crisis de los mismos y de las pautas de la producción y del consumo en un espacio económicamente determinado.

Como es característico del sistema de economía de mercado, la situación personal del trabajador despedido no tiene ninguna relevancia frente a una “realidad brutal” que resulta indiferente a cualquier proyecto político, y deviene un simple elemento del “ambiente” en el que se producen las interacciones automáticas del mercado definido en términos de costes dinerarios.<sup>25</sup>

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

Es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López de los distintos sistemas de protección contra el despido arbitrario: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido.

En virtud del primer modelo, adoptado como sistema general por la Ley de Contrato de Trabajo, 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.

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.<sup>26</sup>

Más allá de la utilidad y pertinencia de la clasificación, lo relevante del aporte de Justo López es que el despido sin causa siempre es 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.

---

<sup>25</sup> Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, “El despido o la violencia del poder privado”, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 30/1.

<sup>26</sup> López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, L.T. XXI, p. 289 y ss.

Según el primero de esos modelos 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. 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.<sup>27</sup>

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 de las libertades del empleador de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y “*descontratar*”, no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzcan al 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.<sup>28</sup>

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

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. Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del PIDESC 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. 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).<sup>29</sup>

Resulta relevante al respecto el art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también denominado Protocolo de San Salvador, norma de jerarquía supralegal, cuyo texto 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:...”

---

<sup>27</sup> Meik, Moisés, “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.

<sup>28</sup> López, Justo, obra citada en la nota 26, p. 297/9.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, sentencia citada en la nota 15.

“...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...”

El derecho al trabajo, derecho fundamental reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional, es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana. El art. 6 del PIDESC trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento.

El derecho al trabajo afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de su trabajo de forma injusta.

La prohibición de no discriminación (art. 2.2 del PIDESC) es de aplicación inmediata y no está sujeta a una aplicación progresiva ni se supedita a los recursos disponibles. Se aplica directamente a todos los aspectos del derecho al trabajo.

Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición.<sup>30</sup>

Como señala Gialdino, la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa nuestra OG. 18 (párr. 48), así como los arts. 10 convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador.<sup>31</sup>

El cuadro descripto 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.

2) Es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descripto 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 revelan que un sistema indemnizatorio tarifado como el consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo de la República Argentina no es el único modo posible de reglamentación de los derechos al trabajo y de protección contra el despido arbitrario, ambos de jerarquía constitucional.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18 citada en la nota 19.

<sup>31</sup> Gialdino, Rolando E., obra citada en la nota 20.

<sup>32</sup> Dados los objetivos de esta monografía, no corresponde pronunciarse acerca de la constitucionalidad de sistemas de protección contra el despido arbitrario o injustificado, que limitan la respuesta jurídica al pago

#### IV. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO

El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador no sólo vulnera el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo de aquél al constituir un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también transgrede el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado por motivos prohibidos consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrantes del *jus cogens*, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquélla cuya sanción no puede ser subsumida en las normas legales (en el caso argentino: la Ley de Contrato de Trabajo) que sólo condenan al empleador que despide al pago de una indemnización tarifada.

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.

Desde esta perspectiva, la sola 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 nulidad y readmisión del trabajador no sólo sería insostenible en el orden jurídico nacional, sino que comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

La nulidad del despido y la readmisión al empleo es el modo más idóneo para garantizar in natura el contenido esencial del derecho fundamental vulnerado.

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

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

---

de una indemnización tarifada o integral, y vedan al trabajador la posibilidad de demandar la nulidad de la ruptura contractual incausada dispuesta por el empleador y la reincorporación al puesto de trabajo.

No obstante, cabe destacar que, según Baylos Grau y Pérez Rey, la opción que abre el art. 35 de la Constitución Española en el sentido de permitir que el legislador decida como estructurar la protección frente al despido sin imponer la estabilidad real como una solución constitucionalmente posible, no impide que en el ámbito de la prohibición del poder ejercido arbitrariamente y que se especifica en la protección de los derechos fundamentales frente al acto del despido, la readmisión sea la solución indicada, descartándose que un sistema de mera estabilidad obligatoria otorgue adecuada reparación a la lesión del derecho consumada a través del despido. Son despidos prohibidos, vetados y la estabilidad real es la única solución coherente con esa prohibición del ordenamiento. En consecuencia, añaden los mencionados juristas, un sistema jurídico como el español que compatibiliza ambas técnicas de estabilidad con mayor extensión para el despido injusto indemnizado, está otorgando una protección inferior y contradictoria con la vigencia del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente cuya eficacia se garantiza mucho mejor mediante la generalización de la readmisión forzosa como garantía frente al despido irregular (Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, obra citada en la nota 21, p. 63). Por su parte, Oscar Ermida Uriarte, con fundamento en el art. 6.1 del PIDESC también postula que la readmisión forzosa es el modo más adecuado para garantizar el contenido esencial del derecho al trabajo.

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

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

El rechazo de la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, implicaría 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, 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, puede ser ejercitado por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo, por lo que en tal caso adquiere un contenido o dimensión laboral sobrevenidos.

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.<sup>33</sup>

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 existe una tutela antidiscriminatoria específica.<sup>34</sup>

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.

---

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Arts. 2.2 de “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.

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”.<sup>35</sup>

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”*.<sup>36</sup>

Asimismo, según la Corte Suprema, *“las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar”*<sup>37</sup>, conjugándose con los valores de *“cooperación”* y *“solidaridad”*.<sup>38</sup>

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<sup>39</sup> (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).

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...”

---

<sup>35</sup> C.S.J.N., 13/9/74, “Bercaitz, Miguel Angel”, Fallos 289:430.

<sup>36</sup> C.S.J.N., Fallos: 278:313.

<sup>37</sup> C.S.J.N., Fallos: 293:551 y 556.

<sup>38</sup> C.S.J.N., 3/5/84, “Gutiérrez c/Y.P.F.”

<sup>39</sup> C.S.J.N., Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337.

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

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

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

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.<sup>40</sup>

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 discriminatorio contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa.

Por otra parte, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte

---

<sup>40</sup> STC 3/1983 de 25/1, citada 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.

e involucra y afecta a toda la comunidad<sup>41</sup>. Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado. De ahí que la sanción jurídica frente a la vulneración de aquel principio sea el restablecimiento de la situación anterior a la ilicitud constitucional, lo que implica la nulidad del despido y la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo.

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.<sup>42</sup>

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes.<sup>43</sup>

El razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley.<sup>44</sup>

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite.<sup>45</sup>

Esta línea hermenéutica debe ser aplicada al denominado “*control de convencionalidad*” al que alude nuestro más Alto Tribunal en el caso “Mazzeo”<sup>46</sup>, por reenvío a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 26 de septiembre de 2006 en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> C.S.J.N., Fallos: 322:3578, 324:392 y sent. del 11.07.2006, “Triaca, Alberto Jorge c/Southern Winds Líneas Aéreas S.A.”, pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena citado en la nota 13, párr. 201 y 202.

<sup>43</sup> C.S.J.N., Fallos: 253:267, entre otros.

<sup>44</sup> C.S.J.N., F. 1116.XXXIX, 21/3/2006, “Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A.”, considerando 4º, párr. 1º del voto del juez Lorenzetti.

<sup>45</sup> C.S.J.N., Fallos: 308:647, cons. 8º y sus citas; cons. 20 del voto del juez Fayt, 22/12/94, “Manauta, Juan J. y otros c/Embajada de la Federación Rusa”, D.T. LV, ps. 643/55.

<sup>46</sup> C.S.J.N., 13.07.2007, M. 2333.XLII, “Mazzeo, Julio Lilo y otros”.

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26.09.2006, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124.

Lo sustancial de este precedente es que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Es más, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la CADH no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “*de convencionalidad*” *ex officio* entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.<sup>48</sup>

Las normas de la CADH deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.<sup>49</sup>

En el contexto hermenéutico delineado precedentemente, la nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación del trabajador es la única solución que repara totalmente el daño causado.

Desde esta perspectiva, la pretensión del empleado igualmente procedería por la operatividad y autoaplicación de las normas de jerarquía constitucional e integrantes del *jus cogens* y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes, aun cuando no existieran normas como la ley 23.592, criterio sustentado por la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo en los siguientes términos:

“...La operatividad y autoaplicación de las normas internacionales de derechos humanos habilitan al trabajador discriminado a demandar la nulidad del despido discriminatorio y a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, aun cuando no existan normas legales nacionales que regulen específicamente esta situación...”<sup>50</sup>

Resulta relevante destacar que la nulidad del despido discriminatorio y el consecuente derecho del trabajador a la readmisión en su puesto de trabajo reconoce

---

<sup>48</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24.11.2006, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párr. 128.

<sup>49</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.08.2004, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr. 178.

<sup>50</sup> Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, “Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global”, Declaración emitida en abril de 2009, pub. en Revista de Derecho Social Latinoamérica, N° 4/5, Editorial Bomarzo Latinoamérica, Buenos Aires, 2009, ps. 437/9.

destacados precedentes en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal.<sup>51</sup>

En el derecho comparado también encontramos ejemplos de decisiones jurisdiccionales que han declarado la nulidad de despidos discriminatorios. Resulta pertinente destacar los casos de España<sup>52</sup> y Costa Rica.<sup>53</sup>

## V. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO FRENTE A DECISIONES EMPRESARIALES DISCRECIONALES O NO CAUSALES

Las decisiones empresariales discrecionales o no causales, como la ruptura contractual durante el período de prueba o el despido en un régimen jurídico donde ni siquiera rige la indemnización tarifada de la Ley de Contrato de Trabajo, como es el caso de los trabajadores de la industria de la construcción incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 22.250, si bien son lícitas desde una perspectiva legal, ello no

---

<sup>51</sup> C.N.A.T., Sala II, sent. def. n° 95.075, 25.06.2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Sala III, sent. def. n° 91.189, 29.07.2009, “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina”; Sala IV, sent. def. n° 94.267, 31.08.2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam S.A.”; Sala V, sent. def. n° 68.536, 14/06/2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.”, sent. def. n° 69.131, 21.12.2006, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.”, sent. def. n° 70.349, 20.12.2007, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.” y “Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.”, sent. def. n° 70.913, 20.08.2008; Sala VI, sent. def. n° 56.971, 10.03.2004, “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L.”; Sala VIII, sent. def. n° 34.673, 30.11.2007, “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”; Sala IX, sent. def. n° 12.488, 31.05.2005, “Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina S.A.”; Sala X, sent. def. n° 9.679, 20.06.2001, “Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES”.

<sup>52</sup> El Tribunal Constitucional de España en la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre partió de una noción amplia y extensiva de acto o conducta empresarial discriminatoria, en particular el despido contrario a la libertad sindical. En ese caso, el tribunal declaró que para restablecer a los trabajadores en la integridad del derecho vulnerado el despido debía ser declarado nulo, con una nulidad “*radical*” que “*comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos*”. A pesar de que la Ley de Procedimiento Laboral Española de 1980 unificara los efectos del despido nulo y del improcedente, en tanto que la no readmisión del trabajador por el empresario resultante de la declaración de nulidad del despido podía ser sustituida por el juez laboral, en el seno del llamado incidente de readmisión, por una indemnización, el Tribunal Constitucional mantuvo su doctrina. Así, dijera lo que dijera la ley laboral, el despido discriminatorio y lesivo de los derechos fundamentales del trabajador sería nulo obligando al empresario a la readmisión sin posibilidad de sustitución por una indemnización (Santos Fernández, María Dolores, “El despido discriminatorio en España”, pub. en Revista de Derecho Social Latinoamérica, N° 1-2006, Editorial Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, p. 161).

<sup>53</sup> La primera sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que declaró la nulidad de un despido discriminatorio es anterior a la existencia de una norma legal concreta en tal sentido (sentencia N° 5000-93 del 8.10.1993), decisión que provocó la modificación del Código de Trabajo, cuyo art. 363, sancionado mediante la ley 7.360 de 4.11.1993 reza:

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

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

En fecha más reciente, y aunque no se encontraba expresamente previsto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema del país centroamericano anuló un despido discriminatorio por motivo de enfermedad (Sentencia N° 2005-13205, del 27.09.2005).

descarta que constituyan una ilicitud constitucional, ilicitud muy grave pues compromete el derecho fundamental del trabajador a la no discriminación, no sólo de fuente constitucional, sino integrante del *jus cogens*.

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

La cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura del ciudadano en plenitud de sus derechos, de forma que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por las normas de jerarquía constitucional a todos los ciudadanos, y no sólo aquéllos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio-profesional del trabajador.<sup>54</sup>

El Tribunal Constitucional de España, hace más de veinte años, en una conocida decisión afirmó de manera tajante que “...*la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano...*”, que “...*Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa...legítima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional...*” y que “...*Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza...*”<sup>55</sup>

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

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

---

<sup>54</sup> Baylos Grau, Antonio, “Por una (re) politización de la figura del despido”, Revista de Derecho Social nº 12 (octubre-diciembre 2000), Editorial Bomarzo, Albacete, España, p. 11.

<sup>55</sup> STC 88/1985, de 19 de julio.

prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”.

“Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el art. 14 de la C.E...”<sup>56</sup>

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

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

En el ámbito de relaciones de los empleados públicos y la Administración, en los casos de puestos de libre designación en los que la facultad de cese juega como consecuencia de la de libre nombramiento, igualmente procede el examen de si aquella se ejercita con el fin de limitar, impedir o coaccionar los derechos fundamentales. Para los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales.<sup>57</sup>

En el caso de los trabajadores regidos por la ley 22.250, la cuestión a dilucidar no es si aquéllos están excluidos del régimen indemnizatorio de la Ley de Contrato de Trabajo, y si esa exclusión basta para desestimar la pretensión de nulidad del despido discriminatorio, pues ese análisis se limita a la dimensión legal e ignora la relevancia constitucional del derecho a la no discriminación del trabajador y su integración en el *jus cogens*.

Desde esta perspectiva, ni siquiera es necesario expedirse acerca de la constitucionalidad de la ley 22.250, pues para resolver esa cuestión constitucional debe determinarse el alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, mientras que el derecho vulnerado por el despido represalia contra el testigo es el de no discriminación.

En consecuencia, en los casos en que el empleador tiene la facultad legal de extinguir lícita y válidamente el contrato de trabajo sin necesidad de expresar causa alguna, ello no obsta a que la decisión rescisoria vulnere el derecho del trabajador a la no discriminación de jerarquía constitucional e integrante del *jus cogens*.

---

<sup>56</sup> STC 94/1984, de 16 de octubre; doctrina reiterada en STC 166/1988, de 26 de septiembre.

<sup>57</sup> STC 29/2000, de 31 de enero.

## VI. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que 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.

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. 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. 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.<sup>58</sup>

El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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. 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.

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

---

<sup>58</sup> 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.

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.<sup>59</sup>

Al poco tiempo de entrar en vigencia la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose expresamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló que la jerarquía constitucional ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “*en las condiciones de su vigencia*” (conf. art. 75, inc. 22, párr. 2, C.N.), 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).<sup>60</sup>

El referido criterio fue reiterado por la Corte Suprema en su actual composición<sup>61</sup> y profundizado en el caso “Mazzeo”.<sup>62</sup>

El máximo tribunal argentino ha extendido este criterio a la labor de interpretación y aplicación de normas internacionales realizada por otros organismos internacionales, tales como el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Internacionales, ambos de la

---

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> C.S.J.N., 7.04.1995, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, L.L. 1995-D, p. 463.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Mazzeo citado en la nota 46.

Organización Internacional del Trabajo<sup>63</sup>, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en especial a través de las Observaciones Generales.<sup>64</sup>

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.

En la materia que nos ocupa aparecen elementos de origen muy diverso: unos, tomados del juego de la prueba de presunciones, que como tal prueba debiera en principio conducir a la certeza, aunque fuera por deducción; otros, directamente vinculados con la noción de principio de prueba, mucho más flexible, en que cuenta más la apariencia que la seguridad, la sospecha fundada o la credibilidad que la certidumbre simplemente porque si se sobrepasa este nivel estaremos en presencia de prueba plena y no de principio de prueba. De ahí que la sospecha de discriminación -el principio de prueba de la misma, técnicamente- es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas.<sup>65</sup>

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

---

<sup>63</sup> C.S.J.N., A. 201. XL., 11.11.2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”, A. 1792. XLII, 24.02.2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo”, P. 1911. XLII, 1.09.2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”

<sup>64</sup> C.S.J.N., 31.03.2009, T. 205. XLIV., “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”.

<sup>65</sup> Fernández López, M<sup>a</sup> Fernanda, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, La Ley, Temas, 1<sup>a</sup> edición, 2008, Madrid, España, p. 133 y 150.

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 verosimilmente 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 mencionados en materia de *onus probandi* en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España<sup>66</sup>, por la doctrina más prestigiosa de ese país<sup>67</sup> y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.<sup>68</sup>

Si bien en casos de decisiones discrecionales o no causales, el empleador no está obligado a expresar ni a acreditar causa alguna para despedir lícita y válidamente al trabajador, esa ausencia de exigencia causal opera en el marco de la legalidad, mientras que las reglas de distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales se inscriben en la dimensión constitucional.

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

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

Los criterios expuestos también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España<sup>69</sup>, y por la doctrina más prestigiosa de ese país.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> STC 38/1981, de 23.11.1981, STC 111/2003, de 16.06.2003 y STC 79/2004, de 5.05.2004, entre otras.

<sup>67</sup> Monereo Pérez, José Luis, “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant Lo Blanch, “Colección Laboral”, Valencia, España, 1996 y Baylos Grau, Antonio, “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.

<sup>68</sup> Sentencia nº 2004-11437, del 15.10.2004, 2004-11984, del 29.10.2004 y 2005-13205, del 27.09.2005.

<sup>69</sup> STC 90/1997, de 6.05.1997, STC 87/1998, de 21.04.1998, STC 87/2004, de 10.05.2004 y STC 38/2005, de 28.02.2005, entre otras.

<sup>70</sup> Baylos Grau, Antonio, obra citada en la nota 64, p. 36 y García-Perrote Escartín, Ignacio, “La prueba en el proceso de trabajo”, Civitas, Madrid, España, 1994, p. 200 y ss.