

## **Derechos y garantías ~ Igualdad ~ Discriminación**

**Autor:** Álvarez, Magdalena I.

**Título:** Igualdad y no discriminación en las relaciones inter privadas: de la utopía a la práctica

**Fecha:** 2014-09-17

**Publicado:** SJA 2014/09/17-3; JA 2014-III

### **I. Introducción**

En este artículo me propongo analizar las proyecciones del principio de igualdad y no discriminación sobre las relaciones privadas, particularmente, en el ordenamiento jurídico argentino. Para ello indagaré, en primer término, en la llamada "eficacia horizontal" de los derechos fundamentales" (punto II.a); identificaré, seguidamente, la postura que, sobre este punto, sostienen la Corte Suprema de Justicia argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (II.b) y concretizaré el análisis en el principio de igualdad y no discriminación, para luego presentar las distintas pautas que, sobre este tema, ha comenzado a precisar la Corte Suprema argentina, especialmente en el ámbito del derecho del trabajo, en relación al despido discriminatorio (punto III) y, más recientemente, en relación a selección de personal en razón de género (punto IV). Finalmente, propondré proyectar estas reglas sobre otros ámbitos de las relaciones privadas en los que situaciones reales de discriminación no son percibidas como tales (o son toleradas) por presentarse encubiertas bajo la apariencia de un trato neutral o encontrarse normalizadas en el grupo social en el que tienen lugar (punto V).

### **II. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**

#### a) Origen y evolución

El derecho es un producto social y cultural; como tal, está determinado por las circunstancias históricas. Desde esta perspectiva, la idea de que los derechos fundamentales protegen un ámbito de libertad y de inmunidad de los ciudadanos frente al Estado se corresponde con la concepción de un Estado mínimo, constreñido a cumplir deberes negativos o de abstención, propios del constitucionalismo de primera generación (1); y encuentra su máximo apogeo en la doctrina del siglo XIX, que concibe a los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos (2), creados y reconocidos como autolimitaciones que se impone el propio Estado a favor de sus ciudadanos (3).

La evolución de la sociedad y los cambios políticos producidos por el tránsito del Estado liberal burgués al Estado social de derechos impactan, asimismo, en el ámbito jurídico. Tras la segunda guerra mundial, los

ordenamientos jurídicos comienzan a incorporar, en el vértice del sistema de fuentes, numeroso y heterogéneos derechos, principios y valores (4), jurídicamente garantizados por tribunales constitucionales.

Es en este contexto en el que el tribunal constitucional alemán empieza a desplegar lo que hoy se conoce como la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte*, doctrina que extiende los efectos de los derechos fundamentales a las relaciones inter privados, esto es, aquéllas en las que todos los participantes son sujetos de derecho privados y, en consecuencia, detentadores de derechos fundamentales (5).

En este marco, en la sentencia dictada en el año 1958 en el caso "Lüth"(6), el Tribunal Constitucional alemán reconoce que los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados son, antes que nada, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Pero, agrega, la Ley Fundamental instituye también, en la sección de derechos fundamentales, un "orden objetivo de valores" que, como decisión constitucional fundamental, es válida para todas las esferas del derecho y se "irradia" sobre todo el sistema jurídico (7).

El tribunal alemán, en consecuencia, reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados, pero lo hace sólo en forma indirecta, esto es, como valores objetivos del ordenamiento jurídico que influyen en la interpretación del derecho privado (8). Según esta teoría, corresponde prioritariamente al legislador establecer el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones privadas (9). De manera subsidiaria, el efecto horizontal de los derechos fundamentales se realiza a través del juez, quien resuelve el caso concreto teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales, influencia que se ejerce particularmente a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados (10).

En contraposición con esta teoría se erige la doctrina del efecto inmediato de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados, defendida en Alemania por H. C. Nipperdey (11) y la Cámara Primera del Trabajo. Para esta postura, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales configuran también un orden de valores o principios objetivos. Estos principios o valores, sin embargo, no se limitan a influir en la interpretación de las normas de derecho privado sino que son verdaderos derechos subjetivos exigibles directamente por su titular no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares, sin que sea necesaria la intermediación de un órgano estatal. En este marco, la obligación de respetar los derechos por los particulares surge directamente de la Constitución y no puede considerarse que un derecho no exista si no existe una ley que lo regule (12).

b) La horizontalidad de los derechos fundamentales en la Argentina

### **1.- Miles de kilómetros, ¿la misma doctrina?**

Fiel a su época, la Constitución argentina, sancionada en 1853, no contenía disposición alguna que explicitara la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Ello no impidió a la Corte Suprema de Justicia elaborar —cien años después de la sanción del texto constitucional y en forma simultánea al desarrollo del *Drittwirkung der Grundrechte* por el tribunal alemán— su propia doctrina

sobre la eficacia directa e inmediata (13) de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados (14).

El punto de partida de esta construcción está configurado por el caso "Kot" (1958) (15), caso en el que se dirimió un conflicto entre los empleados de una fábrica textil —que estaban en huelga y toman las instalaciones de la fábrica— y la empresa Samuel Kot, propietaria de las instalaciones ocupadas por los obreros (16).

La sentencia afirma como verosímil que los padres fundadores, al momento de sancionar la Constitución, tuvieron como finalidad inmediata la protección de los derechos esenciales del individuo frente a los excesos de las autoridades públicas. Pero agrega: "los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad. (...)".

Para el Alto Tribunal: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada — (...)— por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos".

Concluye, finalmente, que lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo "no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales"(17).

En este marco, podría pensarse que la construcción adoptada por el tribunal argentino es más intensa o tuitiva que la sustentada por el tribunal alemán; pero esta apreciación requiere ser matizada. En efecto: la idea central de esta postura es que los derechos son directamente aplicables por los jueces en las relaciones entre particulares, sin que sea necesaria la mediación de una ley. Pero esta idea, que tiene gran aceptación en la doctrina y la jurisprudencia respecto de los llamados derechos de primera generación, se diluye cuando entran en juego derechos de segunda (y posteriores) generaciones. La estrategia, sin embargo, no pasa por negar la eficacia de los derechos en las relaciones inter privados sino más bien en: a) negar que los derechos de segunda generación sean efectivamente derechos (18); b) rechazar que esos derechos pertenezcan primariamente al dominio constitucional (19); o c) afirmar el carácter estrictamente programático de ellos mismos (20).

"Kot", por ejemplo, puede ser configurado como un caso en el que existen dos derechos fundamentales en juego (propiedad y huelga), cuyos titulares son dos sujetos privados diferentes (los dueños de la empresa y los trabajadores); estos derechos colisionan entre sí y esta colisión debería resolverse aplicando la ponderación. Pero no es éste el "diseño" que realiza la Corte Argentina en el caso "Kot". El Alto Tribunal,

por el contrario, entiende que no hay un conflicto de derechos sino un enfrentamiento entre un derecho (de propiedad) y un no-derecho (recurrir a las vías de hecho para defender lo que los trabajadores estiman como su derecho). Ahora bien, si no hay conflicto entre derechos sino sólo un derecho (el de propiedad) lesionado por el accionar ilegítimo de sujetos privados, entonces la decisión a favor del derecho de propiedad se decanta por sí sola, pues sólo este derecho tiene eficacia horizontal. El derecho de huelga, en cambio, ha sido estratégicamente retirado de la escena del caso a resolver.

En la última década, sin embargo, esta percepción ha comenzado a cambiar tanto a nivel doctrinario como judicial (21). Finalmente, tras la reforma constitucional de 1994, la eficacia horizontal de los derechos tiene fundamento constitucional en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que regula la acción de amparo contra actos u omisiones no sólo provenientes de autoridades públicas sino también de particulares, sin hacer distinción alguna entre derechos de distinta generación.

## **2.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos y control de convencionalidad**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos recepta la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados por obra de la interpretación practicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) (22).

En efecto: si bien los instrumentos generales que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no contienen disposiciones que prevean su aplicación en las relaciones privadas, la CorteIDH, desde el caso "Velásquez Rodríguez v. Honduras" (1988), afirma la responsabilidad internacional del Estado no sólo por las violaciones de los derechos cometida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, sino también por aquellos actos cometidos por particulares, no por el hecho en sí mismo, "sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"(23).

Un año después, en "Godínez Cruz" (1989), la CorteIDH precisa: "El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención"(24).

Más recientemente, en "Comunidad de Paz de San José de Apartadó v. Colombia" (2002), al resolver sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la CorteIDH sostiene que, para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado tiene la obligación, erga omnes, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esta obligación general se impone no sólo en relación con los poderes del Estado sino también respecto de las actuaciones de terceros, inclusive grupos armados irregulares (25).

Finalmente, en la opinión consultiva 18/03, la CorteIDH, afirma que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares; la cual derivar de la obligación positiva, que existe en cabeza de los Estados, de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos (26) . Esta obligación tiene efectos directos en las relaciones entre particulares y así lo señala expresamente respecto del caso de los trabajadores migrantes, cualquiera sea el tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo son los particulares (27).

Cabe concluir, en consecuencia, que el efecto horizontal y directo de los derechos en las relaciones inter privados forma parte de la actual "condición de vigencia" (artículo 75, inc. 22, de la Constitución Argentina) de los instrumentos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, efecto que se "derrama", a su vez, sobre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, por medio del "control de convencionalidad" que los tribunales locales están llamados a cumplir (28).

### **III. La igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares(29)**

El principio de igualdad y no discriminación presente en la Constitución Nacional desde su origen, se vio ampliamente fortalecido y profundizado con la reforma constitucional de 1994, que incorporó diversas disposiciones a la Ley Fundamental (30) y otorgó jerarquía constitucional a distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (art. 75, inc. 22) (31). A ello se suman los desarrollos que de estos principios realizan los organismos encargados de monitorear su cumplimiento lo que conforma la "condición de vigencia" del tratado internacional (art. 75, inc. 22) (32).

A nivel interno, el principio de igualdad y la prohibición de discriminar se concretan en la ley federal 23.592 (33), sancionada por el Congreso Nacional en 1988, ley que fue escasamente aplicada por los tribunales de justicia durante varios años (34). Su eficacia —finalmente— se hace sentir en el ámbito del derecho del trabajo, de la mano de los tribunales laborales que, particularmente después de la derogación del artículo 11 la ley 25.013 (35), deciden aplicar, a los casos de despido discriminatorio, el artículo 1 de la ley 23.592, ordenando no sólo la indemnización de los daños y perjuicios producidos sino también la reinstalación del trabajador ilícitamente despedido (36). Es también en este ámbito en el que la Corte Suprema de Justicia argentina comienza a "irradiar" el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones inter privados, esto es, en las relaciones que se entablan entre sujetos privados, titulares de derechos fundamentales que, eventualmente, pueden colisionar entre sí.

En este marco, no resulta difícil encontrar situaciones que pueden ser configuradas como un conflicto ente el derecho de una persona a no ser discriminado y el derecho de otra a ejercer, por ejemplo, toda industria lícita (artículo 14 de la Constitución argentina), el derecho de propiedad (artículo 17 de la Constitución argentina) o la libertad de contratación (art. 19 de la Constitución Nacional) (37). La colisión, sin embargo, recibió respuestas distintas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, respuestas que reflejan el momento histórico en el que se adoptan y la ideología de los jueces que integran el tribunal. Así, en la década del 60, el Alto Tribunal convalidó restricciones a la libertad contractual en el caso "Caputi Ferreira" (1960) (38) y consideró constitucional un régimen de estabilidad propia en las relaciones de empleo privado en "Flores" (1965) (39). Pocos años después, con una conformación diferente, declaró en "De Luca" (1969) (40) la inconstitucionalidad del régimen de estabilidad propia aplicado en las relaciones

de empleo privado, por considerar que "resulta exorbitante, irrazonable y lesivo del derecho de propiedad que el empleador que no se avenga a reincorporar a un empleado despedido, deba pagarle los sueldos que hubieren podido corresponderle, de por vida, hasta alcanzar el derecho a la jubilación"(41).

En el año 2010, la Corte, sin modificar la postura general sustentada en relación al despido incausado, se pronuncia sobre un singular motivo de ruptura de la relación laboral: la discriminación. En tal sentido, considera compatible con el régimen constitucional y convencional ahora vigente, la imposición al empleador de la obligación de reinstalar al empleado en su puesto de trabajo cuando éste ha sido ilícitamente despedido en virtud de un acto discriminatorio. Así lo resuelve, por una estrecha mayoría (42), en el caso "Álvarez" (2010) (43). La minoría, en cambio, si bien acepta que la ley 23592 se aplica transversalmente a todas las ramas del derecho, entiende que dicha aplicación debe ser adecuada con cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico.

¿Cómo es posible que mayoría y minoría lleguen a conclusiones tan diferentes en un tema que el tribunal federal circunscribe a la interpretación de normas federales? (44). La explicación, estimo, debe buscarse en la forma en que cada uno de estos votos configura la cuestión que considera llamada a resolver.

a) La estrategia argumentativa del voto mayoritario en "Álvarez"

En efecto: si se analiza la estrategia argumentativa seguida por la mayoría en "Álvarez", se advierte que ella torna imposible que se plantee un conflicto entre derechos fundamentales o, si se prefiere, dicho conflicto está resuelto a priori, dada la distinta jerarquía normativa que se asigna a los derechos en juego. Esto es así porque, para los vocales que suscriben este voto, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar pertenecen al "ius cogens" y tienen, en consecuencia, un nivel de consagración máximo, esto es, un nivel consagración que excede la supremacía del texto constitucional e —incluso— de los tratados internacionales (45). Como enseña la doctrina, la pertenencia al ius cogens implica reconocer que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general que se ubica en la cúspide del sistema normativo, por lo que "tiene la capacidad de invalidar cualquier norma que se le oponga, sea ella consuetudinaria o convencional"(46).

Para justificar esta construcción, la mayoría se reviste de la autoridad de la CorteIDH (47) al invocar la interpretación practicada por el tribunal regional en la opinión consultiva 18/03 (48). En lo que aquí interesa, la mayoría destaca que el principio así consagrado acarrea obligaciones erga omnes de protección que vincula tanto a los Estados como a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones les exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades. En cuanto a los particulares, el mentado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos inter privados, la cual se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

En este marco, el voto de mayoría concluye que la prohibición de discriminar y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos, al menos, en un doble sentido: esto es, en la legislación, de lo cual

es un ejemplo la ley 23592, y en la interpretación que, de las leyes, realicen los tribunales (49).

Para el voto de mayoría, la reacción de la ley 23592 en cuanto impone al autor la obligación de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y (...) reparar el daño moral y material ocasionados" (art. 1), es proporcionada a la magnitud de la agresión, pues "el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos".

En definitiva, para la mayoría no se plantea en este caso un conflicto de derechos: no hay incompatibilidad entre la reinstalación pretendida por el trabajador y el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14 de la Constitución argentina) invocado por la demandada; ni es aplicable el precedente "De Luca" (1969), el cual aborda —según este voto— una cuestión distinta (el derecho de propiedad); además, "en el caso bajo examen no está en juego un régimen de estabilidad propia sino la reincorporación para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura: la discriminación"(50) . Finalmente, agrega, el marco normativo en el que se resuelve este caso es muy diferente al que existía en la época de "De Luca" (1969), tras la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados de derechos humanos. Los argumentos antes citados sirven a la mayoría para justificar la reinstalación del trabajador (51).

En orden al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el voto considera que la protección contra el despido arbitrario consagrada por la norma constitucional no es una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda forma de reinstalación. Para el tribunal, el artículo 14 bis debe ser interpretado en forma evolutiva y no sólo circunscripto a su historia. Con base en este criterio, entiende, el artículo, tanto en su extensión como en su comprensión, debe ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (v.gr., art. 5, inc. 2, PIDESC), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (52).

Finalmente, en lo atinente al conflicto que plantea la demandada entre reinstalación y poder de dirección y organización de la empresa, el voto de mayoría entiende que dicho poder o facultad, por más amplio que sea, bajo ninguna circunstancia podría dejar de estar limitado por el respeto a la dignidad del trabajador y al ius cogens que informa el principio de igualdad y la prohibición de no discriminar. De otra forma, concluye, se desbarataría la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad.

#### b) Cómo configura el caso la disidencia parcial

La disidencia parcial, suscripta por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en cambio, enfoca la cuestión como un conflicto entre el derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminar, por un lado, y la libertad de contratación, por el otro. En este encuadre, la minoría elige como criterio de interpretación la pauta de que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal forma que queden los derechos enfrentados para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, debe procurarse su armonía dentro del

espíritu que le dio vida (53).

A partir de este criterio, el voto coincide con la mayoría en la aplicación al caso de la ley 23.592, pero asignando relevancia también a la libertad de contratación, que considera un atributo inherente al concepto jurídico de persona y comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. Esta libertad puede ser objeto de reglamentación, pero ello no alcanza a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, con quién, aspectos amparados por la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional) y un supuesto del derecho de ejercer toda industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) (54).

Para el voto en disidencia, lo que debe resolver el tribunal en esta causa es si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su artículo 1. En orden a la primera cuestión, entiende que los inequívocos términos de la norma no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada. En cuanto a los remedios que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en el artículo 1, el voto en minoría distingue actos discriminatorios que extinguen la relación laboral de aquellos que no lo hacen. En el segundo caso, es factible aplicar el cese del acto lesivo; pero no lo es en el primero. En este último supuesto, la legislación laboral ha intentado efectuar una armonización entre la libertad contractual y el derecho a no ser despedido por motivos discriminatorios, que se traduce en una protección más intensa para el trabajador, pero no impide la extinción de la relación laboral. Tal es lo que ocurre con el despido de la mujer embarazada, el despido por matrimonio, que se resuelve en una indemnización agravada, o en la cancelación por un plazo terminado de la posibilidad de despedir sin causa, como ocurre en el caso de la Ley de Asociaciones Sindicales.

La ley 23592, concluye este voto, es una ley transversal que debe ser aplicada a todas las ramas del derecho, pero su aplicación debe ser adecuada con cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico. En el ámbito del trabajo privado, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación del acto discriminatorio debe ser definida teniendo en cuenta el contexto que ofrece la relación del trabajo privado y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino.

Finalmente, señala el voto bajo análisis, la solución propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del derecho internacional, toda vez que el criterio imperante en los organismos de control es que la víctima tiene derecho a una reparación adecuada que (puede) adoptar la forma de restitución.

c) La necesidad de probar la discriminación: el caso "Pellejero" (2010)

El mismo día en que la Corte dicta sentencia en "Álvarez" (2010), se expide también en "Pellejero" (2010) (55). En esta causa, la amparista sostiene que el despido del que ha sido objeto por el Banco Hipotecario presenta carácter discriminatorio, debido a su condición de esposa del secretario de la Asociación Bancaria. El juez del amparo hace lugar a la pretensión de la actora y ordena su reinstalación, medida que es confirmada por el Tribunal Superior de la Provincia de Río Negro. Recurrida la decisión por la demandada,

la Corte Suprema de Justicia considera procedente el recurso por entender que está en juego el alcance de normas de índole federal pero —a diferencia de "Álvarez"— entiende indispensable indagar los extremos fácticos de la causa, toda vez que los considera inescindiblemente unidos a la cuestión interpretativa. En este marco, el Alto Tribunal llama a una audiencia pública de carácter informativo, en la que participan las partes y la Asociación de Abogados Laboralistas en su condición de *amicus curiae*.

Para la Corte, el desarrollo argumental del pronunciamiento recurrido parte de la premisa de que el despido dispuesto por la institución bancaria importa un "acto discriminatorio", en perjuicio de la actora, que encuadra en el marco normativo de la ley 23592. Pero la formulación de tal premisa —agrega— exhibe una alta cuota de dogmatismo (56). Ahora bien: si se desmorona la proposición inicial del razonamiento, no se configura un despido discriminatorio, entonces no corresponde proyectar en esta causa el precedente fijado en "Álvarez".

Gelli ha señalado que la lectura conjunta de las sentencias dictadas por el tribunal en "Álvarez" y "Pellejero" permite inferir la regla que "para los casos de despidos discriminatorios en el empleo privado, suficientemente probado, corresponde la reincorporación del despedido más la indemnización de los daños por la discriminación"(57). Esto es: mientras que en "Álvarez" la Corte, por mayoría, determinó que, frente a un acto discriminatorio, la sanción que corresponde aplicar, a tenor de la ley 23592, es la nulidad del acto mismo, en "Pellejero", por unanimidad, habría aclarado que esta sanción sólo procede cuando la discriminación se encuentra suficientemente probada.

¿Significa esto que la Corte se inclinó en "Pellejero" por la postura, defendida por jueces de tribunales inferiores, que sostiene que "una respuesta de ineficacia tan intensa, como es la nulidad del despido, que se vincula a una conducta que el ordenamiento juzga reprochable, requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados"? (58). Si ésta fue la lectura inicial, la propia Corte se encargó de descartarla, once meses después, en la causa "Pellicori" (2011).

d) La distribución de la carga de la prueba: El caso "Pellicori" (2011)

En efecto, en la causa "Pellicori" (2011) (59), la Corte vuelve a abrir un caso de despido discriminatorio y, en un voto único suscripto por cuatro vocales (60), fija criterio respecto de la forma en que considera debe distribuirse la carga de la prueba en un proceso en el que se juzga un acto discriminatorio (61).

En la causa, el tribunal a quo había dejado sin efecto la sentencia de primera instancia con el argumento de que la respuesta de nulidad intensa que contempla la ley 23592 requiere de la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados. Para la Cámara, además, el esfuerzo probatorio debía recaer exclusivamente en la trabajadora que invocó la causal (62). Llevada la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia, el tribunal abre el recurso extraordinario por entender que los agravios dirigidos a las pautas probatorias establecidas por el a quo para ser aplicadas en litigios civiles bajo el régimen de la ley 23592 ponen en juego el principio de igualdad y la prohibición de discriminar y remiten al estudio de cuestiones federales.

En su argumentación, la Corte invoca el caso "Kot", en cuanto de él se desprende que no es posible sostener que los derechos esenciales de la persona humana no cuenten en el derecho argentino con las garantías indispensables para su existencia y plenitud. Este primer pronunciamiento —agrega— se ha visto reforzado por el derecho internacional de los derechos humanos, que se preocupa especialmente por las garantías o recurso de protección de los derechos (63). Concluye que, de las consideraciones efectuadas relativas al bloque de constitucionalidad, se sigue que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas, interpretadas y aplicadas las garantías debe atender y adecuarse a las exigencias de protección efectiva que formulan específicamente cada uno de los derechos humanos, siempre dentro del respeto de los postulados del debido proceso.

¿Cuál debería ser, entonces, el diseño de la garantía que brinde una protección efectiva a la víctima de acto discriminatorio?

Tras pasar revista a los pronunciamientos emitidos por los comités de derechos humanos (64) y la OIT (65), la Corte determina que existe coincidencia en cuanto a reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia de un motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima del acto discriminatorio y modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado.

Ambas reglas, agrega, toman en cuenta las serias dificultades por las que atraviesan las víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el motivo discriminatorio. Las pautas reseñadas, señala el tribunal, no sólo sirven a las presunta víctimas de discriminación como litigantes sino que procuran evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto podría generar en otras víctimas en trance de decidir si acudir o no en demanda de justicia. Desde esta óptica, el régimen procesal contribuye a evitar la impunidad y la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos. Para el tribunal, las reglas precisadas se proyectan decididamente sobre el régimen probatorio de la ley federal 23592 (66), en cuanto se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Por ello, concluye, en los procesos civiles relativos a la ley 23592, las pautas probatorias deben ajustarse a las siguientes especificidades:

a) Resulta suficiente para la parte actora que afirma motivos discriminatorios con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia.

b) Corresponde al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que éste tuvo como causa motivos objetivos y razonables ajenos a toda discriminación.

La evaluación de uno y otro extremo es cometido propio de los jueces de la causa a ser cumplidos de conformidad con las reglas de la sana crítica racional.

Aunque nada diga la Corte sobre el tema, las reglas fijadas en esta causa pueden ser entendidas como una adecuación al ámbito de las relaciones inter privadas de la tutela antidiscriminatoria adoptada por el por el Alto Tribunal en relación a las disposiciones legales que utilizan criterios de clasificación prohibidos, a

partir del caso "Hooft" (2004) (67). En efecto: en el ámbito de las relaciones privadas no pesa sobre el acto cuestionado como discriminatorio una presunción de inconstitucionalidad ni opera la inversión de la carga de la prueba; pero sí se aligera, modera o flexibiliza la prueba que recae sobre el actor y se intensifica la que pesa sobre el demandado (68). De esta manera, la Corte argentina procura armonizar, en el ámbito de las relaciones privadas, la garantía del debido proceso con la tutela antidiscriminatoria, adoptando un test probatorio que —preciso es señalarlo— no cuenta aún con recepción normativa ni jurisprudencial en el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos (69).

Finalmente, cabe destacar que, frente a la profusa cita de legislación, observaciones, informes y decisiones de organismos internacionales y de países europeos a las que recurre el tribunal para justificar la decisión a la que arriba, llama la atención la ausencia de toda referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (70), por ser éste el ámbito en el que originariamente se gestó el test probatorio ahora adoptado en Argentina (McDonnell Douglas test) (71).

#### **IV. La "irradiación" de las reglas fijadas por el Tribunal**

##### a) El caso "Sisnero" (2014)

El 20 de mayo de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación comienza a irradiar las reglas (sustanciales y procesales) adoptadas en relación al despido discriminatorio por actividad sindical en los precedentes "Álvarez" (2010) (72) y "Pellicori" (2011) (73), y los proyecta hacia otros ámbitos de las relaciones privadas al resolver, por unanimidad (74), la acción de amparo colectivo interpuesta por una mujer a la que se le había denegado un empleo como conductora de colectivo y una fundación de defensa de los derechos de la mujer (75), en contra de las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta (76), por violación del principio de igualdad y discriminación de género (77). En dicha acción, las actoras hacen valer dos pretensiones: a) una individual, fundada en la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género, a raíz de la imposibilidad de Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto; b) otra de carácter colectivo, sustentada en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas. La Cámara de Apelación Civil y Comercial, sala 5ª, de la Ciudad de Salta hizo lugar a la acción; ordenó el cese de la discriminación en razón del género y dispuso que las empresas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. Recurrida la decisión por las empresas condenadas, la Corte Suprema de Salta, no obstante identificar "síntomas discriminatorios en la sociedad", revocó la sentencia por considerar que "no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación"(78). Sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser hombre. Agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle. Sin perjuicio de esto, intimó a las demandadas a presentar ante la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) los requisitos que exigen para la contratación de choferes y exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir las normas necesarias para modificar los patrones socioculturales

de discriminación. Las actoras interpusieron entonces recurso extraordinario federal, por considerar que la sentencia recurrida es contraria al derecho federal que invocan, y, a su vez, que es arbitraria porque no tuvo en cuenta prueba aportada por las actoras (79). Denegado el recurso por el tribunal salteño, la cuestión, finalmente, llega a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vía recurso de queja por extraordinario denegado (80).

#### b) La estrategia argumentativa de la Corte

El alto tribunal, al sentenciar, no se detiene en los antecedentes de la causa ni en cuestiones inherentes a la admisibilidad del recurso, aspectos que son remitidos a lo expuesto en los puntos I a IV del dictamen de la procuradora general de la Nación. Mas se separa del dictamen en orden a la determinación de la cuestión a resolver. En efecto: mientras que para la procuradora Gils Carbó, en el caso, está en juego la determinación del alcance del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito de la selección de personal (81), para la Corte esta cuestión se encuentra resuelta en precedentes anteriores del tribunal. En tal sentido, recuerda, por un lado, " (Q)ue esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional"(82); y, por otro, retro trayéndose al caso "Kot" (1958) (83), con cita de la opinión consultiva 18/03 (84) y mención del caso "Álvarez" (2010) (85), reitera que los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (86). De esta forma, con una estrategia análoga a la utilizada en "Álvarez", el carácter estructural que la Corte asigna a los principios de igualdad y de no discriminación impide (o, si se prefiere, resuelve en forma a priori) la configuración, en las relaciones inter privadas, de un conflicto entre derechos fundamentales.

Con ello, la Corte cierra el abordaje sustancial del caso y configura la cuestión a resolver en los siguientes términos: "la cuestión debatida en autos consiste en determinar si las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos"(87).

Desde esta óptica, para determinar si en el caso se han vulnerado los derechos de elegir libremente una profesión y a no ser discriminadas en el proceso de selección, la Corte se concentra en la prueba de la discriminación, prueba que caracteriza como compleja y difícil, debido a que la discriminación no suele manifestarse en forma abierta e identificables, sino que consiste habitualmente en una acción presunta, cuyos motivos subyacentes no se exteriorizan sino que quedan reservados en la mente del autor.

Para compensar esta dificultad, recuerda la Corte, ha elaborado un estándar probatorio que distribuye la carga de la prueba entre las partes, atribuyéndoles diferente intensidad (88). En efecto: mientras para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resultan idóneos para inducir su existencia, exige al demandado, a quien se le reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivos objetivos y razonables ajenos a toda discriminación.

Para la Corte Suprema, en el caso bajo análisis, el problema está en que estos estándares no fueron aplicados por la Corte salteña al resolver. Revisada la cuestión por el Alto Tribunal federal, concluye que, de las constancias en autos, resulta:

a) que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso prima facie encuadrable en una situación discriminatoria (89); y

b) resultan inadmisibles las explicaciones dogmáticas esbozadas por las empresas para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular (90).

Por todo lo expuesto, concluye que la sentencia recurrida no ha respetado los criterios establecidos por la Corte en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación y, en consecuencia, revoca la sentencia y dispone la vuelta de los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento.

c) Trascendencia de lo resuelto; (auto)restricción del tribunal y deber de "predecir el futuro"

No cabe duda de la trascendencia de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Sisnero" (2014), al menos, en cuanto reafirma la eficacia de los derechos fundamentales, en general, y de los principios de igualdad y no discriminación, en particular, en las relaciones inter privados, así como también en cuanto irradia la protección antidiscriminatoria consagrada en "Álvarez" y "Pellicori" en relación al despido por discriminación sindical hacia el inicio de la relación laboral y la extiende frente a la discriminación por razones de género.

Ello, sin embargo, no impide advertir cierta (auto)restricción del tribunal en la forma en que utiliza no sólo para abordar el caso (que se circunscribe a la aplicación de reglas previamente establecidas (91)), sino también para resolverlo (en la medida en que decide no hacer uso de la potestad conferida por el artículo 16 de la ley 48 de resolver sobre el fondo de la cuestión debatida (92)). A ello se agrega cierta inquietud frente a lo que la Corte no dice o invisibiliza en esta decisión, particularmente en relación al orden en que se sucedieron los fallos.

En efecto: si se ubican en una línea de tiempo las sentencias dictadas por los tribunales que intervinieron en la causa "Sisnero" y se las compara con las fechas en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emite los precedentes "Álvarez" (que pone de relieve el nivel de consagración máxima que la pertenecía al ius cogens le confiere al principio de igualdad y la prohibición de discriminar) y "Pellicori" (que fija el estándar probatorio aplicable en caso de discriminación), se advierte que el cumplimiento de esos estándares resultaba imposible para el tribunal salteño al momento de sentenciar, toda vez que no habían sido fijados aun por la Corte federal. Así, en la causa "Sisnero", la Cámara de Apelaciones de Salta dicta sentencia el 18 de noviembre de 2009 (93) y la Corte Suprema de esa Provincia lo hace el 8 de junio de 2010 (94). La Corte Federal, por su parte, emite sentencia en "Álvarez" el 7 de diciembre de 2010 y en

"Pellicori" el 15 de noviembre de 2011, esto es, seis y diecisiete meses después, respectivamente, de que el tribunal salteño dicte la sentencia recurrida. Es más: si se relee la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de diciembre de 2010 en "Pellejero" y se repasa el análisis efectuado sobre esa sentencia en este trabajo (95), se advierte que el test probatorio por entonces vigente en la jurisprudencia de la Corte Federal se aproximaba más al aplicado por el alto tribunal salteño en "Sisnero" que al que ella misma define, once meses después, en "Pellicori". En consecuencia, la obligación de acatar las reglas (sustanciales y procesales) fijadas en "Álvarez" y "Pellicori" era, al momento de sentenciar, de cumplimiento imposible para el tribunal a quo, a menos que tuviera una especial aptitud vidente. Como no es posible pensar que la Corte exija semejante aptitud a los tribunales inferiores, resulta mucho más convincente considerar que lo que subyace a esta estrategia argumentativa es abrir una nueva instancia de decisión en la que dichas reglas puedan —ahora sí— ser aplicadas al caso.

## V.A modo de epílogo

En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver distintas causas que versan sobre despido discriminatorio por razones de actividad gremial y, más recientemente, sobre discriminación por cuestiones de género en la selección de personal, ha precisado una serie de reglas (sustanciales y procesales) para la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminar.

A mi entender, dichas pautas no circunscriben su aplicación sólo al ámbito de las relaciones laborales ni a los motivos de discriminación hasta ahora identificados por el Alto Tribunal. Existen, por el contrario, importantes razones en la propia construcción argumentativa desarrollada por la Corte que permiten concluir en la necesaria aplicación en todos los casos en que se invoque una lesión al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares. En efecto: si, tal como sostiene la Corte Suprema argentina en consonancia con la Corte IDH, el principio de igualdad y no discriminación integra el *ius cogens*, es una norma imperativa de derecho internacional general y es aplicable erga omnes (96), entonces todos los ámbitos del derecho interno, público y privado, se encuentran alcanzados por él (97). Este es, asimismo, el ámbito de aplicación de la ley federal 23592, considerada por la Corte Suprema de Justicia argentina como un "ejemplo" o "reflejo" de la obligación internacional de "adoptar medidas de acción positivas tendientes a evitar la discriminación"; obligación que también alcanza a los tribunales de justicia, quienes deben cumplimentarla al momento de interpretar y aplicar la ley (98). Finalmente, ello también se desprende de los argumentos vertidos por el Alto Tribunal para justificar la distribución de la prueba con diferente intensidad entre las partes. Me refiero a las dificultades probatorias por las que atraviesan las víctimas del acto discriminatorio y la necesidad de evitar el desaliento que régimen procesal opuesto podría generar en otras víctimas en trance de decidir si acudir o no en demanda de justicia, a fin de evitar la impunidad y la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos (99).

De lo expuesto, no cabe duda de que las pautas precisadas constituyen una herramienta de singular trascendencia para develar la discriminación generalmente oculta tras la apariencia de un trato neutral o en comportamientos normalizados que no son percibidos como discriminatorios en el grupo en el que tienen lugar (100).

(\*) Una versión anterior de este trabajo fue remitida para su publicación en la obra colectiva coordinada

por los Dres. Andrés Rossetti y Silvina Ribotta, bajo el título "Exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el derecho del siglo XXI", Ed. Dickinson, Madrid (en prensa). Agradezco a Horacio Javier Etchichury y Cecilia Ferniot la atenta lectura del artículo así como las sugerencias y observaciones que me efectuaron.

(1) La idea de que los derechos fundamentales ejercían su influencia no sólo frente al Estado sino también sobre el derecho privado no era, sin embargo, desconocida en Francia al momento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Pero en Francia, la preservación de la libertad y la autonomía privada en las relaciones entre los particulares terminó siendo resuelta a través del Código Napoleónico y sólo la libertad pública quedó sometida a las declaraciones de derechos. En Alemania, en cambio, la doctrina jurídica de la segunda mitad del siglo XIX rechazó el legado iusnaturalista y negó la existencia de derechos fundamentales como libertades pre estatales. En este marco, Gerber (1852) supeditó la titularidad de los derechos públicos de los asociados a su reconocimiento por el Estado. La posición constitucional del súbdito, en consecuencia, es la de un sujeto estatalmente dominado, siendo su libertad personal el resultado de una mera concesión del Estado. En igual sentido, los derechos fundamentales no son para Jellinek derechos pre estatales, de contenido indeterminado, sino derechos creados por el ordenamiento estatal y con un contenido específico. Cfr. Estrada, Alexei J., "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares", 1ª ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000 ps. 31 a 43.

(2) Categoría jurídica que nace en Alemania, en un momento histórico y político determinado, y que encuentra expresión en la construcción efectuada por G. Jellinek. Esta construcción, señala Estrada, busca conciliar las aspiraciones del liberalismo burgués con la necesidad de contar con un Estado fuerte, propias del Imperio alemán de fines del siglo XIX. Estrada, Alexei J., "La eficacia...", cit., pág. 54.

(3) Para JELLINEK, el derecho subjetivo es "la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o un interés". El autor distingue los derechos subjetivos privados de los públicos. Los primeros son derechos separables de la personalidad de su titular mediante un acto de voluntad; los segundos, en cambio, no pueden desprenderse de su titular y conforman un estatus inescindible del individuo. A través de los derechos públicos subjetivos así concebidos, el individuo se hace parte del organismo estatal. Pero los derechos públicos subjetivos son, a la vez, un medio a través del cual se manifiesta la actividad estatal y constituyen una frontera que no puede sobrepasar dicha actividad. El Estado, de esta forma, se restringe a sí mismo en un doble sentido: a) negativo, en cuanto reconoce una esfera individual libre de la injerencia estatal y b) positivo: en la medida en que atribuye a los individuos la capacidad jurídica de exigir la acción del Estado. Estrada, Alexei J., "La eficacia...", cit., ps. 36 a 40.

(4) La multiplicidad y heterogeneidad de los contenidos no se concibe como un defecto de las Constituciones contemporáneas sino que son el resultado de compromisos asumidos entre diferentes fuerzas políticas, que expresan visiones diferentes de la sociedad. Para esta concepción, el pluralismo no es sólo una cuestión ineliminable sino también un valor a preservar. Cfr. Pino, Giorgio, "Conflicto entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009) p. 650.

(5) De allí que la protección del derecho fundamental del que es titular un individuo pueda conllevar

simultáneamente la restricción del derecho fundamental del otro sujeto interesado. Estrada, Alexei J., "La eficacia...", cit., ps. 88 y 89.

(6) BVerfGE 7, 198. Sentencia de fecha 15 de enero de 1958. La causa se origina con motivo del llamado público, realizado por Erich Lüth, a boicotear las películas producidas por Veit Harlan después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, entre ellos, la cinta "El judío Süß" (1940), que es considerada como una de las más importantes de la propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. En primera instancia, el tribunal condenó a Lüth a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, por entender que tal llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe "causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito". Contra esta decisión, Lüth promovió la queja constitucional. El Tribunal Constitucional Federal consideró el llamado al boicot de Lüth como prima facie protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la Ley Fundamental) La descripción de los hechos ha sido tomada de Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nro. 11, enero-junio 2009, ps. 3/14, [www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19\\_29.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf) (consulta, 12/7/2012).

(7) ALEXY, Robert, "Derechos...", cit.

(8) "Valores" y "objetivos", señala ALEXY, son los conceptos centrales de la construcción del tribunal. ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", trad. Ernesto Garzón Valdez, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, ps. 508 a 510.

(9) Señala Venegas Grau que el legislador debe realizar una previsión adecuada que tenga en cuenta los distintos bienes jurídicamente protegidos que entren en conflicto a fin de poder alcanzar una "concordancia práctica" entre los derechos enfrentados y, fundamentalmente, entre los derechos fundamentales invocados y el principio de autonomía privada, que han de articularse de manera proporcionada. Desde esta perspectiva, la mediación del legislador está justificada por su legitimidad democrática y por representar la solución menos perturbadora para el derecho privado. Venegas Grau, María, "Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada", Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004 ps. 148 y 149.

(10) En doctrina, Düring ha sido el principal defensor de esta postura, según la cual los derechos fundamentales operan en el ámbito del derecho privado a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con cláusulas como buena fe, buenas costumbres, buen padre de familia, etc. Estas cláusulas actúan como "puntos de entrada" de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico. Cfr. Estrada, Alexei J., "La eficacia...", cit., ps. 109 a 116.

(11) Fue este autor quien por primera vez se pronunció sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados. Para Estrada, de las distintas aportaciones efectuadas por este autor, es en la exposición hecha en la "Parte general de los derechos civiles" de Enneccerus/Nipperdey en donde trata de

manera más sistemática y ordenada este problema. Para Niepperdey es un acierto la postura del Tribunal Constitucional adoptada en el caso "Lüth", en cuanto deja sentado el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero resulta contradictorio afirmar que dicha influencia se ejerce por medio de cláusulas generales del HGB. Sostiene, en cambio, el efecto directo y normativo del texto constitucional que modifica o regenera las normas jurídicas privadas existentes Estrada, Alexei J., "La eficacia...", cit., ps. 103 a 109.

(12) ANZURES GURRÍA, José J., "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales", Revista Mexicana de Derecho Constitucional, nro. 22, enero-junio 2010, p. 19, [www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/22/ard/ard1.pdf](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/22/ard/ard1.pdf) (consulta, 12/7/2012).

(13) Cabe recordar que a Corte Suprema había afirmado un año antes en "Siri" que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. La Corte predicaba así el efecto "directo" de la Constitución en la relación vertical entre el Estado y los particulares. Corte Sup., 1957, Fallos 239: 459. Un año después, la Corte, en "Kot", extendió este efecto a la relación horizontal entre privados.

(14) En este marco, quienes nos formamos en esta concepción aprendimos a concebir los derechos fundamentales como ambivalentes o bifrontes, esto es, como derechos subjetivos cuyo titular (sujeto activo) puede hacerlos valer tanto frente al Estado como ante la demás personas. Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 211.

(15) Corte Sup., 1958, Fallos 241:291. ¿Conocía la Corte Suprema argentina, al momento de dictar sentencia en el caso "Kot", el precedente del Tribunal Alemán en "Lüth"? El breve tiempo transcurrido entre una y otra sentencia (15 de enero a 5 de septiembre de 1958) podría dificultar este conocimiento. En cambio, es factible que el tribunal argentino conociera el desarrollo doctrinario que, sobre el tema, venía realizándose en Alemania. Ello podría inferirse de la cita que practica el voto de la mayoría de la obra de Enneccerus/Nipperdey ("Derecho civil. Parte general", vol. II, & 223, Barcelona, 1935). Si bien esta cita no se refiere a la eficacia horizontal de los derechos, el conocimiento de la obra de Nipperdey —que justamente es el principal defensor de la teoría del efecto inmediato de los derechos fundamentales entre particulares— podría permitir inferir su influencia también en este aspecto. Una respuesta exhaustiva a esta pregunta, sin embargo, excede el ámbito de esta investigación.

(16) El caso en cuestión constituye en Argentina un leading case, en cuanto crea el amparo contra actos de particulares. Si bien podría considerarse que esta sentencia trata de un tema exclusivamente procesal, tiene especial relevancia también desde una perspectiva sustancial. Ello es así toda vez que, a los efectos de justificar la procedencia de la acción, el tribunal afirma que los derechos fundamentales despliegan su fuerza normativa en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares. De hecho, muchos de los casos en los que se invoca esta causa como precedente se lo hace en su dimensión sustancial y no procesal.

(17) Para la Corte Suprema argentina la extensión de la protección a las relaciones entre particulares está

justificada porque cambiaron las circunstancias en las que se desenvuelve la vida social y, además del Estado y los individuos, han aparecido nuevas categorías de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores. En este nuevo contexto —agrega el tribunal— "la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción".

(18) Entendido en el sentido prevalente de derechos subjetivos. Atria, por ejemplo, afirma que "hay un sentido importante en el cual la expresión "derechos sociales" es una contradicción, es tan contradictoria como "soltero-casado". Cfr. Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones*, 2004, nro.4, ps. 39 y 40.

(19) ROSENKRANTZ, por ejemplo, rechaza la posibilidad de incorporar derechos distributivos no-ejecutivos en la Constitución porque entiende que mella la credibilidad de todo el texto constitucional. ROSENKRANTZ, C. F., "La pobreza, la ley y la constitución" (2002), SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Papers, Paper 15, [www.digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/1](http://www.digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/1) (consulta, 12/7/2012).

(20) Enseña PISARELLO que es principalmente a través de la tesis del carácter "programático" de los derechos sociales constitucionales como las democracias occidentales emergentes en la posguerra receptan los derechos sociales. Son mandatos políticos o, si acaso, normas sólo de efecto indirecto que cumplen un papel de cobertura que permite al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal le vedaba radicalmente. Pero no adquieren el estatus de verdaderos derechos subjetivos. PISARELLO, Gerardo, "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", *Isonomía*, nro. 15, octubre 2001, ps. 81 a 107.

(21) ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Ed. Trotta, Madrid, 2002. Comisión Internacional de Juristas, "Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales — Experiencias comparadas de justiciabilidad", *Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho*, nro. 2, Ginebra, 2009. Edición española, 2010, [www.icj.org/dwn/img\\_prd/Justiciability-ESP-ElecDist.pdf](http://www.icj.org/dwn/img_prd/Justiciability-ESP-ElecDist.pdf) (consulta, 17/7/2012).

(22) Sobre el tema, MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier, "La doctrina de la drittwirkung der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, nro. 20, 2007, ps. 583/608. [www.e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:teoriayrealidadconstitucional2007-17&dsid=docrina\\_drittwirkung.pdf](http://www.e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:teoriayrealidadconstitucional2007-17&dsid=docrina_drittwirkung.pdf). (consulta, 6/7/2012).

(23) Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia de 29/7/1988, serie C, nro. 4, párr. 172.

(24) Caso "Godínez Cruz", sentencia de 20/1/1989, Serie C, nro. 5, párrs. 181, 182 y 187.

(25) Caso "de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó", medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución de fecha 18/6/2002, párr. 11. En igual sentido, sostuvo, en el mismo caso, en resolución de fecha 17/11/2004, párr. 13: "Que para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. A juicio de la Corte, dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza".

(26) Agrega: "Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares". Opinión consultiva 18/03 de fecha 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 140.

(27) Opinión consultiva 18/03 de fecha 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 151.

(28) CorteIDH, caso "Almonacid Arellano y otros v. Gobierno de Chile", del 26/9/2006, consid. 124; "La Cantuta v. Perú", sentencia del 29/11/2006, consid. 173; "Boyce y otros v. Barbados", del 20/11/2007, consid. 78 y "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú", del 24/11/2006, consid. 12.

(29) En trabajos anteriores he abordado la aplicación de estos principios en la relación vertical entre el Estado y los particulares. Sobre el tema, ver Álvarez, Magdalena, "Proyecciones del principio de igualdad sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (rds.), "Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia", Ed. Dickinson, Madrid, 2010, ps. 213 a 236; "El principio de igualdad en la Constitución y en la práctica constitucional argentina", capítulo 2 del libro Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena Inés (coords.), "Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos", CIJS — Advocatus, Córdoba, 2010, ps. 35 a 62, "Cómo 'develar' la discriminación oculta: el caso 'Unión de Usuarios y Consumidores v. Estado Nacional — Ministerio de Vivienda e Infraestructura'", capítulo 7 del libro Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena Inés (coords.), "Derecho...", cit., ps. 231 a 270.

(30) Artículos 16; 37; 43; 75, inc. 2; 19; 23 de la Constitución Nacional

(31) Sin ánimo de ser exhaustivo, cabe mencionar: Declaración Americana, art. 2; Declaración Universal, art. 2; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26.

(32) Entre otros, cabe mencionar en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, las observaciones generales nros. 18 y 28 del Comité Internacional de Derechos Humanos; las observaciones

generales nros. 16 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los lineamientos fijados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la CorteIDH, particularmente en OC-4/84, del 19/1/1984; OC-11/90, del 10/8/1990; OC-16/99, del 1/10/1999; OC-17/02, del 28/8/2002; OC-18/03, del 17/9/2003 y en los casos contenciosos "Yatama v. Nicaragua", 23 /6/2005; "Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana", 8/8/2005; "Masacre de Mapiripán v. Colombia", 15/8/2005; "López Álvarez v. Honduras", 1/2/2006; "Comunidad Indígena Sawhoyama v. Paraguay", 29/3/2006, "Ximenes Lopes v. Brasil", 4/7/2006; "Penal Miguel Castro v. Perú", 25/11/2006; "Pueblo Saramaka. v. Suriname", 28/11/2007; "Atala Riffo y niñas v. Chile", 24/2/2012. En el ámbito doméstico, la Corte Sup. también se ha pronunciado sobre estos principios en la relación Estado-particulares en los casos "Hooft" (Corte Sup., 2004, Fallos 327:5118); "Gottschau" (Corte Sup., 2006, Fallos 329:2986), "R. A., D. v. Estado Nacional" (Corte Sup., 2007, Fallos 330:3853); "Mantecón Valdez" (Corte Sup., 2008, Fallos 331:1715); "Partido Nuevo Triunfo" (Corte Sup., 2009, Fallos 332:433); "Pérez Ortega" (Corte Sup., 2013, P. 334. XLV. RHE).

(33) Para la Corte Suprema, la ley 23592 es de naturaleza federal por reglamentar directamente el artículo 16 de la Ley Fundamental. Su aplicación, en consecuencia, suscita la competencia federal *ratione materiae* en razón de la existencia de un bien jurídico de naturaleza federal a tutelar (doctrina de sentencia del 26/8/1997, in re "AF.C.C. Medio Ambiente S.A. v. Intendente Municipalidad de Quilmes s/amparo", Corte Sup., 1997, Fallos 320:1842).

(34) Esta afirmación es válida tanto respecto de los tribunales civiles, llamados a conocer en los supuestos previstos en el artículo 1 de la ley, como penales, a los que les correspondía aplicar el agravante previsto por el artículo 2 y los tipos penales establecidos en el artículo 3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo, tuvo oportunidad de considerar la aplicación de la ley 23592, tres años después de su sanción, en el caso "CHA", en el que se le denegó la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina. La mayoría de los votos que forman la sentencia confirmó la decisión del a quo en cuanto a que la decisión impugnada no infringe en modo alguno la ley 23592. La disidencia suscripta por el ministro Petracchi, en cambio, considera que se configura un acto discriminatorio y expone relevantes argumentos en orden a la justificación de su postura en el considerando 20. (Corte Sup., 1991, Fallos 314:1531). En orden a la aplicación del agravante previsto por el artículo 2 de la ley, cabe señalar que el Alto Tribunal (Corte Sup., 2001, Fallos 324:586) convalidó el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal que anuló la sentencia del Tribunal Oral que había aplicado el agravante previsto en el art. 2 de la ley en la causa "Paszkowski, Andrés P. y otros s/infracción ley 23592 — causa nro. 214/97". En dicho caso se juzgó y condenó a un grupo de personas por haber golpeado a Claudio Salgueiro mientras gritaban: "Judíoapestoso", "Judío de mierda", "Muerte a los stones, muerte a los rockeros, muerte a los judíos", "Heil Hitler". La Cámara de Casación Penal anuló aquel fallo por considerar cuestionable la forma en que la policía había obtenido la prueba y desestimar la naturaleza discriminatoria del ataque. Otros casos relevantes para investigar la postura de la Corte, en este período, son "Yáñez, Mónica s/injurias" (Corte Sup. 2004 Fallos 327:4679); "Fontana, Silvana P. s/su denuncia" (Corte Sup., 2006, Fallos 329:5851) y "Olie, Irma y otros s/ denuncia" (Corte Sup., 2007, Fallos 330:215).

(35) Dicho artículo establecía: "Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7 de esta ley se incrementará en un 30% y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo". El artículo

en cuestión fue derogado en el año 2004 por ley 25877, sin que se establezca un nuevo régimen específicamente aplicable al despido discriminatorio, por lo que los tribunales del trabajo consideran que, a falta de una legislación específica, rige el artículo 1 de la ley 23592.

(36) Así lo hizo la C. Nac. Trab., sala 10ª, en "Stafforini, Marcelo v. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, ANSeS s/acción de amparo" (2001), en la que resolvió que la ley 23592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, aun cuando se trate de un despido dispuesto en el régimen de estabilidad impropia, toda vez que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (art. 16) y por la ley mencionada (art. 1), por lo tanto tiene un objeto prohibido (art. 953 del CCiv.) y entonces es nulo (art. 1044, ídem); en consecuencia, el perjuicio debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (arts. 1, ley 23592, y 1083, CCiv.). En igual sentido, C. Nac. Trab., sala 6ª, en "Balaguer, Catalina v. Pepsico de Argentina s/juicio sumario" (2004); C. Nac. Trab., sala 9ª, "Greppi, Laura v. Telefónica de Argentina S.A. s/despido" (2005); C. Nac. Trab., sala 5ª, "Parra Vera, Máxima v. San Timoteo S.A." (2006); C. Nac. Trab., sala 2ª, "Álvarez, Maximiliano y otros v. CENCOSUD S.A. s/amparo" (2007); C. Nac. Trab., sala 3ª, "Camusso, Marcelo A. v. Banco de la Nación Argentina s/juicio" (2009); C. Nac. Trab., sala 4ª, "Olguín, Pedro M. v. Rutas del Sur S" (2010), para sólo mencionar algunos.

(37) En tal sentido, sostiene GELLI: "Uno de los problemas más ríspidos que plantea la aplicación de la ley 23592 se refiere al alcance y contenido de los derechos de contratar y de asociarse, elegir con quiénes o no hacerlo de modo alguno, en eventual colisión con el derecho a la no discriminación". GELLI, María A., "El principio de igualdad y la aplicación de la ley contra la discriminación en las relaciones de empleo privado (Los casos 'Álvarez' y 'Pellejero')", JA, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 30/3/2011.

(38) Corte Sup., 1960, Fallos 248:256.

(39) Corte Sup., 1965, Fallos 263:545.

(40) Corte Sup., 1969, Fallos 273:87.

(41) Postura que reiteró, entre otros, en los casos "Álzaga" (Corte Sup., 1971, Fallos 281:223); "Nazar" (Corte Sup., 1980, Fallos 302:319); "Castro" (Corte Sup., 1980, Fallos 302:1486), "Figueroa" (Corte Sup., 1984, Fallos 306:1208); "Cortez de Herrero" (Corte Sup., 1987, Fallos 310:891); "Pelaia" (Corte Sup., 1992, Fallos 315:1441).

(42) La mayoría estuvo conformada por cuatro votos sobre siete.

(43) Corte Sup., 2010, Fallos 333:2306. En esta causa, un grupo de trabajadores demanda a la empresa Cencosud por despido discriminatorio motivado en sus actividades sindicales y reclaman la reinstalación en el cargo y una reparación económica. El precedente sentado por la Corte en "Álvarez" ha sido seguido por el Alto Tribunal también en "Arecco, Maximiliano v. Praxair Argentina S.A. s/sumarísimo" (Corte Sup.,

2011, expediente A. 590. XLIII); "Parra Vera, Máxima v. San Timoteo S.A. s/acción de amparo" (Corte Sup., 2011, expediente P. 1508. XLII); "Camusso, Marcelo A. v. Banco de la Nación Argentina s/sumario" (Corte Sup., 2012, expediente C. 1050. XLV) y "Cejas, Adrián E. v. Fate S.A. s/juicio sumario" (Corte Sup., 2013, expediente, C, 823 XLVI).

(44) En efecto: llevadas estas actuaciones ante la Corte, el tribunal admite la apelación sólo en lo atinente a la interpretación de normas federales; pero no en cuanto a cuestiones de hecho y prueba. En consecuencia, da como probado el despido discriminatorio y circunscribe el análisis a la aplicación de la ley 23592 a las relaciones de trabajo privadas y a la determinación de si la reinstalación dispuesta a la luz del artículo 1 de la ley 23592 es compatible con los derechos argüidos por la demandada sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

(45) CANÇADO TRINDADE, ex juez de la CorteIDH, explica que "por definición, el ius cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus iuris del derecho internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el derecho internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él". Cançado Trindade, Antonio, "La ampliación del contenido material del ius cogens", [www.oas.org/dil/esp/XXXV\\_curso\\_La\\_ampliacion\\_del\\_contenido\\_material\\_del\\_jus\\_cogens\\_Antonio\\_A\\_Canado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/XXXV_curso_La_ampliacion_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Canado_Trindade.pdf) (consulta, 15/7/2012).

(46) DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, "Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens) (consulta, 8/7/2012).

(47) La primera referencia al ius cogens que hace la CorteIDH se encuentra en el caso "Aloeboetoe" (1993); pero es en los votos razonados del juez Cançado Trindade en el caso "Blake" (1996 y 1998) donde el ius cogens comienza a tener una presencia más significativa. Pero la decisión más importante de la CorteIDH en lo que se refiere al ius cogens está dado por la opinión consultiva 18/03, pues es en ella donde por primera vez se pronuncia sobre la importancia y el alcance del ius cogens. Cfr. Quispe Remón, Florabel, "Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso", Revista de Derecho, nro. 34, Barranquilla, 2010 ps. 42 a 78, [www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=85120102004](http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=85120102004) (consulta, 12/7/2012). En particular, en lo que atañe al principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar, la CorteIDH reitera en "Atala Riffo y niñas", sentencia del 24/2/2012, que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

(48) En tal sentido, señala la Corte Suprema de Justicia que la referencia a la opinión consultiva 18/03 (Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados) y el seguimiento del que es objeto, "son más que apropiados en el sub lite por cuanto, en esa oportunidad, el tribunal regional asentó una doctrina de importancia mayor para la conceptualización del principio en estudio, no debiéndose pasar por alto, asimismo, que lo hizo con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su

proyección excede esta esfera". Voto de mayoría, considerando 4. El destacado me pertenece. Agrega la Corte que el ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *ius cogens* revela, además, su emplazamiento como "uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse". Voto de mayoría, considerando 4, con cita de doctrina fijada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

(49) El voto mayoritario justifica, asimismo, la aplicación de la ley 23592 a las relaciones de trabajo privadas, con base en tres líneas argumentativas: a) nada hay en el texto de la ley o en su finalidad que indique lo contrario; b) la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia; c) la dignidad humana se vincula en forma entrañable con el trabajo, toda vez que, en la relación de empleo, la prestación de una de las partes es justamente una actividad humana. Garantizar la no discriminación es entonces una obligación fundamental "mínima" y de cumplimiento "inmediato" cuyo incumplimiento por acción u omisión haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

(50) Voto de mayoría, considerando 7.

(51) Como argumento adicional, el voto de la mayoría sostiene que, en el derecho internacional de los derechos humanos, el objetivo primario de un remedio es la rectificación y no la compensación; debe estar orientada a reponer a la persona en la situación más aproximada a la que se hubiera encontrado de no producirse el acto discriminatorio. La compensación, en cambio, sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido. Y agrega: "El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos". Voto de mayoría, considerando 8.

(52) Voto de mayoría, considerando 9.

(53) Voto de minoría, considerando 4.

(54) Voto de minoría, considerando 8.

(55) Corte Sup., 2010, Fallos 333:2296.

(56) Para la Corte, en ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo. A ello agrega que la falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda ha quedado claramente en evidencia en el transcurso de la audiencia pública celebrada ante el tribunal. Considerando 4.

(57) GELLI, María A., "El principio...", cit.

(58) C. Nac. Trab., sala 5ª, "Failde, Carlos v. Telefónica de Argentina S.A. s/sumarísimo" (dictamen del fiscal general al que adhiere la sala); C. Nac. Trab., sala 5ª, "Arecco, Maximiliano v. Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo" (voto de la Dra. García Margalejo, en minoría); C. Nac. Trab., sala 5ª, expte. "Parra Vera, Máxima v. San Timoteo S.A. s/amparo" (dictamen del fiscal general y voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

(59) Corte Sup., 2011, Fallos 334:1387.

(60) Los mismos que conformaron la mayoría en "Álvarez". No votaron, en cambio, los jueces Lorenzetti, Higton de Nolasco y Argibay, quienes habían suscripto la disidencia en aquella causa.

(61) En el caso, una empleada del Colegio de Abogados de la Capital Federal demanda a la institución por considerar ha sido excluida de su puesto de trabajo en razón de su actividad gremial y de su condición de esposa de un delegado gremial en un contexto de conflicto sindical acontecido entre la empleadora y el sindicato. En primera instancia, el juez hizo lugar a la demanda y ordenó, en virtud de lo dispuesto por la ley 23592, la reincorporación de Pellicori y la indemnización de daños y perjuicios. Recurrida la decisión, la alzada deja sin efecto la sentencia.

(62) Para el tribunal, el hecho de que la actora mantuviera algún vínculo con un delegado gremial podría llegar a constituir un mero indicio, pero no permite establecer un claro nexo causal con la decisión rescisoria, a la luz de la estricta apreciación de la prueba que propició. Los elementos probatorios aportados a la causa y analizados desde la perspectiva de la sana crítica no logran demostrar los extremos alegados en la demanda y formar convicción acerca de que Pellicori fue despedida por su participación en actividades sindicales o por su vinculación con cierto delegado gremial.

(63) En este marco, no basta con que los derechos existan sino que, además, deben ser efectivos, es decir, deben brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que permita alcanzar la protección judicial requerida. La efectividad, en consecuencia, se mide en función de la posibilidad de lograr el objeto.

(64) Que, recuerda el tribunal, configuran las condiciones de vigencia de los tratados. Particularmente se refiere a las decisiones adoptadas por el Comité contra la Discriminación Racial, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Comité de Derechos Humanos.

(65) A lo que suma, en considerandos 8 a 10, las reflexiones que sobre los problemas probatorios en la materia en debate se han hecho en el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional belga, la Cámara de los Loes inglesa, el Comité Europeo de Derechos Sociales, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y la Corte Europea de Derechos Humanos.

(66) Ley que, aclara el tribunal, no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, sino que —además— debe ser entendida como un "ejemplo" o "reflejo" de la "exigencia internacional" de realizar por parte de los Estados "acciones positivas tendientes a evitar la discriminación", lo cual también alcanza a la "interpretación" que de aquélla hagan los tribunales.

(67) "Hooft" (Corte Sup., 2004, Fallos 327:5118). En estas actuaciones, la Corte, tras encuadrar la situación del actor en el "origen nacional", motivo de discriminación prohibido por los pactos internacionales de derecho humanos (artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), concluyó: "Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el 'origen nacional'), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (...)". La presunción de inconstitucionalidad, agregó la Corte, sólo puede ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. "En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada". La postura fue reiterada en "Gottschau" (Corte Sup., 2006, Fallos 329:2986), "R. A., D. v. Estado Nacional" (Corte Sup., 2007, Fallos 330:3853), "Mantecón Valdez" (Corte Sup., 2008, Fallos 331: 1715), "Partido Nuevo Triunfo" (Corte Sup., 2009, Fallos 332:433) y "Pérez Ortega" (Corte Sup., 2013, P. 334. XLV. RHE).

(68) No se está, en consecuencia, frente a la aplicación al caso de la doctrina de la carga de la prueba dinámica sino de lo que, en la terminología propuesta por Peyrano, se denomina una "distribución de la carga de la prueba con intensidad de esfuerzos diferentes". Para este autor, el nuevo test se caracteriza porque " (...), mientras la pretensa víctima de un acto discriminatorio debe asumir un esfuerzo probatorio de baja intensidad y limitado a probar que fue despedida en el marco de una situación que podría dar lugar a que el distracto hubiera sido por trato discriminatorio, será la contraria (la patronal) la que deberá probar cabalmente que el despido no obedeció a discriminación alguna, sino a otros motivos. Resulta palmaria la diferencia de intensidades probatorias requeridas. Dicho de otro modo: en tanto que a la autoproclamada víctima de una discriminación le será suficiente con demostrar la verosimilitud de un distracto discriminatorio, al sindicato como victimario le incumbirá la prueba exhaustiva acerca de que la situación fáctica y jurídica en danza (el despido, en el caso) no obedeció a un proceder discriminatorio". La doctrina de la carga de la prueba dinámica, en cambio, produce un desplazamiento de la carga de la prueba que coloca el esfuerzo probatorio en cabeza de quien, de acuerdo a las reglas tradicionales de la distribución del onus probandi, no debía soportarla. Pero ello no implica una disminución de la intensidad probatoria que debe cumplir tanto la parte afectada por el desplazamiento probatorio como su contraria. Cfr. Peyrano, Jorge W., "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", LL del 14/12/2011, p. 10.

(69) La CorteIDH ha fijado, sin embargo, ciertos lineamientos en materia de debido proceso que son compatibles con el test probatorio adoptado por la Corte Argentina en "Pellicori". En tal sentido, ha señalado la CorteIDH que 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 (117). Esto no implica que la ley procesal deba tratar a las partes en un plano de estricta igualdad. Por el contrario, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. De allí que 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 (119). Corte IDH, opinión consultiva OC-16/99 del 1/10/1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, apartados 117 y 119.

(70) Tampoco menciona la sentencia dos interesantes votos de la Corte Suprema de Justicia argentina en los que sustentan posiciones similares a las defendidas en "Pellicori". Me refiero al voto concurrente suscripto por los ministros Petracchi y Bacqué en la causa "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes" (Corte Sup., 1988, Fallos 311:1607) y la disidencia de los ministros Moline O'Connor y López en "Ursini, Paola C. v. Geddes, Gloria y otros" (Corte Sup., 1999, Fallos 322:2383).

(71) "McDonnell Douglas v. Green" (411 US 792, año 1973). En el caso, el tribunal se pregunta respecto de cuál debe ser el orden natural y correcto de la prueba en una acción bajo el título VII de la ley de los derechos civiles de 1964. La Corte elabora entonces un test en tres pasos. a) En primer lugar, corresponde al actor que alega la discriminación la carga inicial de demostrar que prima facie hay un caso de discriminación. Esto puede ser hecho mostrando (i) que pertenece a una minoría racial; (ii) que aplicó para el trabajo y estaba calificado para él; (iii) que, a pesar de su calificación, fue rechazado; y (iv) que, después de ser rechazado, la posición siguió abierta y el empleador continuó buscando un candidato. b) La prueba luego recae sobre el empleador, quien puede articular razón legítima, no discriminatoria, para rechazar al empleado. c) Finalmente, se le confiere al actor la posibilidad de demostrar que la razón invocada por el empleador no fue la verdadera razón de la decisión sino sólo un pretexto que encubre una discriminación prohibida. El caso fue posteriormente citado en Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero", considerando 5.

(72) Corte Sup., 2010, Fallos 333:2306.

(73) Corte Sup., 2011, Fallos 334:1387.

(74) Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero". La sentencia fue firmada por cinco de los seis jueces que integran el tribunal tras la muerte de la ministro Carmen Argibay. Firman: Ricardo L. Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco; Carlos S. Fayt; Enrique S. Petracchi y Juan C. Maqueda. No firma el juez Eugenio Zaffaroni.

(75) Fundación Entre Mujeres (FEM).

(76) Originariamente la acción de amparo se interpuso en contra de la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y siete empresas que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. En primera instancia, la sentencia aceptó la excepción de falta de acción interpuesta por SAETA y AMT, decisión que quedó firme al no ser recurrida por las actoras. El amparo prosiguió, en consecuencia, sólo en contra de las siete empresas de transporte de pasajeros demandadas. Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, de fecha 24 de junio de 2013.

(77) Sobre el caso, Puga, Mariel y Otero, Romina, "La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso 'Sisnero'", [www.programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-justicia-saltec3b1a-la-inclusic3b3n-de-las-mujeres-en-el-mercado-laboral-el-caso-sisnero.pdf](http://www.programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-justicia-saltec3b1a-la-inclusic3b3n-de-las-mujeres-en-el-mercado-laboral-el-caso-sisnero.pdf) (consulta, 31/5/2014).

(78) Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, de fecha 24 de junio de 2013. Los aspectos destacados pertenecen al dictamen.

(79) En especial, una resolución del Concejo Deliberante de la Ciudad de Salta que acredita que la búsqueda se remonta al menos a una fecha anterior al 12 de junio de 2008 y los informes que contienen el listado de personal de las empresas demandadas, de los que surge que, luego de la presentación de la señora Sisnero, contrataron un número considerable de hombres para desempeñarse como choferes, sin siquiera haberla convocado para evaluar su idoneidad. Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, de fecha 24 de junio de 2013.

(80) Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, de fecha 24 de junio de 2013.

(81) Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, de fecha 24 de junio de 2013, punto IV, primer párrafo.

(82) Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero", considerando 2. La Corte utiliza la expresión "tiene dicho" para señalar que, conforme a su jurisprudencia, los principios de igualdad y no discriminación son "elementos estructurales del ordenamiento jurídico"; pero no especifica los casos a los que remite. Es de suponer que la abierta remisión incluye al caso "Álvarez" (2010), en el que la Corte reconoció que el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar pertenecen al "ius cogens". Se advierte, sin embargo, que las expresiones utilizadas en uno y otro caso no son equivalentes y pueden acarrear consecuencias diferentes.

(83) Corte Sup., 1958, Fallos 241:291.

(84) Corte IDH, opinión consultiva 18/03, párrafo 140.

(85) Corte Sup., 2010, Fallos 333:2306.

(86) Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero", considerando 3.

(87) Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero", considerando 4.

(88) Corte Sup., 2011, Fallos 334:1387, "Pellicori".

(89) La Corte considera especialmente las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General y, en particular, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero. Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero", considerando 6.

(90) Corte Sup., 2014, S. 932, L. XLVI, "Sisnero", considerando 6. Agrega que este tipo de defensas, que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria, no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable en los términos de la jurisprudencia citada. Destaca la Corte que el propio sentenciante ha reconocido "síntomas discriminatorios en la sociedad", que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Y agrega: "Un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y 'entre risas' que 'esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias (...). Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos (...). Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y (... no es tiempo de que una mujer maneje colectivos (...))".

(91) Ello cobra especial relevancia si se compara la sentencia analizada con el dictamen emitido por la Procuración General de la Nación en la causa. Por otra parte, la remisión parcial hecha por la sentencia a los puntos I a IV del dictamen pone en evidencia que el tribunal o no comparte los argumentos vertidos, o no considera conveniente u oportuno hacer suyos dichos argumentos.

(92) El artículo citado establece que, en los recursos extraordinarios federales, cuando la Corte Suprema revoque la decisión recurrida "hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón".

(93) Disponible en [www.comunicarseweb.com.ar/download.php?tipo=acrobat&view=1&dato=1301010679\\_Fallo-Salta-Mujeres-Bus.pdf](http://www.comunicarseweb.com.ar/download.php?tipo=acrobat&view=1&dato=1301010679_Fallo-Salta-Mujeres-Bus.pdf) (consulta, 31/5/2014).

(94) Expte. CJS 33.102/09. Registro: Tomo 145: 909/954. Disponible en: [www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&campo=pdf0021&ext=pdf&codcontenido=812&cnl=65&opc=19](http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&campo=pdf0021&ext=pdf&codcontenido=812&cnl=65&opc=19). (Consulta, 31/5/2014).

(95) Supra II.c.

(96) Sobre este aspecto, ha dicho la CorteIDH: "Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas". Opinión consultiva 18/03 de fecha 17/8/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", par. 100.

(97) Tal es el criterio adoptado por la CorteIDH, quien sostiene que sobre este principio: " (...) descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico". Cfr. "Atala Riffo y niñas v. Chile", sentencia de 24/2/2012, capítulo V, punto "C", particularmente, apartados 78 a 82; y capítulo VI.

(98) "Partido Nuevo Triunfo", Corte Sup., 2009, Fallos 332:433; Corte Sup., 2010, Fallos 333:2306, considerando 5; Corte Sup., 2011, Fallos 334:1387, considerando 6. En este sentido, podría entenderse que la Corte Suprema de Justicia argentina ha dado cumplimiento a esta obligación al resolver los casos "Álvarez" y "Pellicori" precisando las reglas sustanciales y procesales aplicables en casos en los que se invoque un acto discriminatorio.

(99) Corte Sup., 2011, Fallos 334:1387.

(100) ÁLVAREZ, Magdalena I., "Cómo 'develar'...", cit., ps. 231 a 270.