

están –o no– vinculados por tratados o convenciones explícitos⁽⁶¹⁾. Son ineludibles, entonces.

Además, por el camino de la resolución (PGN) 158/07 nos quedaremos empantanados en lo que podría llamarse el “ciclo largo de retribución”. De espaldas a cualquier posible actitud de *reconciliación*.

En lugar de buscar –con mente abierta– la verdad integral y promover la acción transparente de la justicia. Sin cercarla con preconceptos, resentimientos, exclusiones o hasta tabiques. Sin lo cual no será posible *rehumanizar* a las partes del pasado conflicto, ni alcanzar la justicia plena. Ni tampoco restaurar el respeto recíproco entre quienes fueron los contenedores de ayer, condición previa para una *reconciliación* genuina, que seguiremos demorando.

(61) LEKHA, CHANDRA SRIRAM y ROSS, AMY. *Geographies of Crime...*, cit., pág. 55.

Nos quedaremos –en cambio– inmersos en las consecuencias de la ola de brutalidad que nos legara un pasado terrible. Y paralizados frente a sospechosas “zonas de impunidad”, sin poder intentar siquiera volver a caminar, juntos, mirando confiados al futuro. Sin olvidar, por supuesto. Para no repetir conductas inaceptables. Pero con actitud y capacidad de perdonar. Como ha sucedido en la envidiable Sudáfrica, por ejemplo, que felizmente ha sido capaz de dar vuelta la página del horror, después de conocerlo y repudiarlo.

VOCES: CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - DERECHOS HUMANOS - FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD

El principio de igualdad y los efectos horizontales de los derechos constitucionales Entre el conflictivismo y la armonización

por MAXIMILIANO J. ROMERO y JUAN CIANCIARDO⁽¹⁾

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: UN CASO INTERESANTE. – 2. PUNTOS DE PARTIDA. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. – 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS EFECTOS HORIZONTALES DE LOS DERECHOS. – 4. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. – 5. CONFLICTO O ARMONÍA DE LOS DERECHOS EN JUEGO. – 6. ALGUNAS DE LAS AFIRMACIONES QUE DEJA EL CASO.

1 Introducción: un caso interesante

En diciembre de 2010, la Corte Suprema resolvió la causa “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo” [en este tomo, pág. 176]. El objeto del presente trabajo consiste en analizar la sentencia de la Corte y, a partir de lo que en ella se propone, llevar a cabo algunas consideraciones en torno a dos temas: el principio de igualdad y los efectos horizontales de los derechos. Como trasfondo aparecerá un tercer asunto: la alternativa entre una interpretación “conflictivista” y una interpretación “armonizadora” de los derechos humanos.

Hasta su despido, los actores prestaban servicio en comercios que operan con el nombre de fantasía “Easy”, ampliamente conocidos en la Argentina. Promovieron acción de amparo contra Cencosud S.A., propietaria de esos comercios, con el objeto de que se le ordenara reinstalarlos en sus puestos y, además, se la condenara a pagarles una reparación económica⁽²⁾. Manifestaron que la demandada los había encuadrado dentro de la categoría de “asesores” con la intención de excluirlos del convenio

colectivo 130/75 de los empleados de comercio. A raíz de que, conforme relataron los demandantes, el gremio de esta actividad negó la afiliación, constituyeron el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio junto con otros trabajadores, en cuya órbita integraban la comisión directiva. En estas circunstancias, el presidente de la mencionada comisión intimó a Cencosud S.A. a que pagara las diferencias salariales que correspondiesen a la categoría pertinente. Este hecho generó que uno de los gerentes de la firma requiriera y obtuviera después el listado de quienes formaban parte de la mencionada comisión. Días más tarde, siempre de acuerdo con lo consignado en la sentencia, los actores fueron despedidos sin expresión de causa, por lo que, en el escenario descripto, consideraron que el cese de la relación laboral obedecía a un acto discriminatorio motivado por sus actividades sindicales.

La sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, luego de haber tenido por acreditados los hechos alegados en el escrito inaugural, confirmó la decisión de la instancia anterior que había favorecido a los reclamantes y, como consecuencia de ello, ordenó su reincorporación y el pago de una indemnización. El tribunal de segunda instancia, para decidir en esa dirección, se apoyó en la prescripción contenida en el art. 1° de la ley 23.592, la que utilizó con basamento en la facultad que al intérprete confiere el principio *iura novit curia*. Se estableció en esa norma: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto

(1) Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, Universidad Austral.

(2) El relato se ciñe a la reseña efectuada por la Corte Suprema.

discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

La parte derrotada interpuso contra la sentencia el remedio federal previsto por el art. 14 de la ley 48, el cual fue denegado por el tribunal *a quo*. Deducido el respectivo recurso de queja ante el Máximo Tribunal, sólo fue admitido en aquello concerniente a la interpretación de las normas federales en juego⁽³⁾.

Los jueces de la Corte Suprema votaron divididos en dos grupos. La mayoría estuvo integrada por Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, quienes admitieron la queja, hicieron lugar al recurso extraordinario y, finalmente, confirmaron el fallo de la instancia anterior. El segundo grupo, que se pronunció en disidencia parcial, contó con el voto conjunto de Lorenzetti, Highton y Argibay. Aquí se propició la revocación de la sentencia impugnada y se dispuso que el expediente volviera al tribunal de origen a fin de que se dictara un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas⁽⁴⁾.

De la sola descripción de los hechos del caso surge su interés: se encuentran involucrados varios de los temas cruciales del derecho constitucional actual. En lo que sigue, por tanto, nos referiremos a algunas de esas cuestiones. Con este cometido, se procurará exponer la visión que sobre ellas tuvo la Corte nacional, punto de

(3) La CS, en ambos votos, rechazó el recurso extraordinario articulado por Cencosud S.A. con fundamento en la violación del principio de congruencia y por haberse omitido valorar que los actores habían percibido la indemnización por despido con anterioridad a la iniciación del pleito. En el voto de la disidencia se indicó en forma expresa que tampoco podía ser objeto del remedio federal la crítica contra el carácter discriminatorio que se atribuyó a los despidos (cfr. consid. 3°). Es decir que no se habilitó la revisión de dos temas con derivaciones no menores para el desenlace de la situación particular, sobre todo el segundo: la aplicación oficiosa de la norma contenida en el art. 1° de la ley 23.592 y el carácter discriminatorio que se asignó al despido.

(4) A diferencia de la solución hallada por la mayoría, ante la negativa del empleador a reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, en la disidencia parcial se entendió que correspondía reconocer el derecho a una compensación adicional que resarciera esa expectativa, de manera que, sin desmedro de la indemnización que fijaba el art. 1° de la ley 23.592 en concepto de daños y perjuicios, el trabajador tenía derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de discriminación, sobre la base de la aplicación analógica de la disposición del art. 245, con más un año de remuneraciones, según dispone el art. 182, ambas normas del citado régimen legal.

partida que permitirá efectuar las precisiones y consideraciones que nos parezcan más relevantes. El análisis, entonces, se articulará en derredor del razonamiento emprendido en cada una de las posiciones defendidas en el fallo, mecanismo que, en la medida en que de ello derive algún interés especial, posibilitará contraponer la visión particular que sobre una misma materia exhibe una y otra votación. Con todo, vale la pena dejar aclarado desde ahora que quedará fuera del alcance de este trabajo un sector importante de las atrayentes aristas que ofrece el caso, habida cuenta de que su tratamiento excedería el plan trazado para este comentario y los límites de la publicación.

2 Puntos de partida. El principio de igualdad

La mayoría entendió que resultaba crucial determinar, por una parte, si la ley 23.592 era aplicable a la relación de trabajo privada y, en particular, en el distracto objeto del litigio, y, por otra parte, si la reinstalación ordenada a la luz del art. 1° de ese cuerpo legal era compatible con los derechos argüidos por la empleadora demandada con base en los arts. 14, 14 bis y 16 de la CN⁽⁵⁾. Como veremos, en uno y otro caso la respuesta fue afirmativa.

Según la mayoría, el principio de igualdad "no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional"⁽⁶⁾. Incluso, se precisó en el voto, los objetivos que esos docu-

(5) Conf. consid. 2°.

(6) Consid. 3°, en donde, con mención del art. 75, inc. 22 de la CN, párr. 2°, se hizo cita de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); de la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), aparte de los respectivos documentos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2°, 3° y 5° a 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). También, con invocación del primer párrafo del referido art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental, se apuntó que exhibían nivel supralegal la

mentos imponían al país respecto del ámbito de las relaciones del trabajo —en particular, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación— no debían ser recortados o escatimados frente a eventuales requerimientos de la organización de las empresas o la producción de bienes y servicios⁽⁷⁾.

A través del voto de la mayoría, la Corte Suprema conectó el cuerpo de reglas de fuente internacional en el que se recogen las variadas y numerosas concreciones del principio de igualdad y de no discriminación con la dignidad esencial de la persona, de la que dicho conjunto de prescripciones se sostuvo era inseparable, ya que las previsiones que se alojan en él se desprenden "directamente 'de la unidad de naturaleza del género humano'" y, por eso mismo, cabía entender que adoptaban "un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno", de acuerdo con lo que ha sido expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁸⁾. Esta última referencia

Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Asimismo, se enumeró a las organizaciones en el ámbito de las cuales se elaboraron los instrumentos recién anunciados, es decir, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1), la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y conec.) y la Carta Democrática Interamericana (art. 9°). A su vez, por su relación con la materia comprometida en el pleito, se recordó el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (de 1958, pero ratificado en 1968) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —de jerarquía supra legal (cfr. CS en "Milone", Fallos: 327:4607, 4616)—, las declaraciones de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), al igual que la Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998).

(7) Conf. Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10-6-08.

(8) La cita es de la opinión consultiva OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados".

asume una relevancia especial, puesto que se trata de una opinión consultiva emitida con motivo de un asunto de índole laboral, aunque sus consecuencias no se reduzcan a esa esfera⁽⁹⁾.

La mayoría de la Corte⁽¹⁰⁾, a partir de aquí, interpretó que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación había alcanzado un nivel de plena consagración y completa entidad por ser parte del *ius cogens*, de suerte que sobre aquél descansaba toda la estructura jurídica del orden público nacional e internacional y, al mismo tiempo, constituía una pieza fundamental que se proyectaba sobre todo ordenamiento jurídico. Además, por su carácter imperativo, expresó que tenía valor prescriptivo para cualquier Estado, tanto en su actuación internacional como para el diseño del sistema jurídico de su territorio, con independencia de que se hallase reconocido de modo expreso en algún tratado internacional y que, por consiguiente, alcanzaba a todos los actos jurídicos y a cada uno de los poderes gubernamentales, incluso, a los particulares.

La minoría, en cambio, se aproximó al caso de un modo algo diverso; lo encaró como una tensión entre dos principios que, por sus proyecciones, no podrían hallar plena satisfacción a la vez. De acuerdo con esta postura —toma de posición que, como se tendrá ocasión de apreciar más adelante, habrá de ser fundamental de cara a la solución del litigio—, debía determinarse cuál era la extensión o el contenido específico del principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador. A continuación, los jueces Lorenzetti, Highton y Argibay pusieron de manifiesto cuál sería la matriz en función de la cual discernirían la solución del caso con cita de Fallos: 167:211; 171:348; 181:343; 240:311; 251:86; 255:293; 272:99; 280:311; 301:771, entre muchos otros: la "exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía

(9) En la disidencia, aunque con una menor extensión, también se puso de relieve el reconocimiento multilateral del que había sido objeto la prohibición de trato desigual en el marco de las relaciones entre empleadores y trabajadores (cfr. consid. 7°).

(10) Conf. consid. 4°.

dentro del espíritu que les dio vida; [ya que] cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental...”(11).

Luego, al interrogarse sobre el significado que debía asignar al principio de igualdad, en el considerando 5º, los jueces recordaron que, en su sentido genérico, el derecho de las personas a ser tratadas por la ley de modo igual no implicaba una equiparación rígida entre ellas, y que por lo tanto no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. De ahí que, según indicaron, la garantía establecida en la Constitución debe ser entendida como la prohibición de excepciones o de privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros. Por eso, las divisiones aceptables son aquellas que obedecen a un criterio de distinción que no puede ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de ellas, ni pueden implicar una forma distinta de trato entre personas que se encuentran en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes(12). En este mismo orden de ideas, a continuación, se manifestó que en nuestro ordenamiento, desde la incorporación de diversos tratados sobre derechos humanos, se encontraba prohibida de manera expresa la posibilidad de asentar diferencias en función de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, a posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición social(13).

El principio de igualdad y los efectos horizontales de los derechos

Según la mayoría de la Corte, el reconocimiento internacional del principio de igualdad terminó el nacimiento de obligaciones *erga omnes* tanto para el Estado como para los particulares. El primero tiene el doble deber de abs-

tenerse de emprender acciones que de alguna manera de hecho o de derecho creen situaciones de discriminación y, dada su condición de artificiales de su sistema legal, de adoptar medidas positivas enderezadas a revertir esa clase de supuestos dentro de la sociedad. De ahí, pues, que se considerase que el Estado estaba a cargo de velar por el respeto de los derechos humanos en las relaciones entre los particulares. Se sigue de lo anterior, entonces, que el Estado no debe “tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”(14). En lo que toca a los individuos, también se manifestó que ese carácter *erga omnes* les imponía paralelamente una obligación de respeto de los derechos fundamentales en los vínculos privados —según resultaba de los desarrollos de la teoría del *Drittwirkung*—, la que “se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores”(15).

Enseguida, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema se encargó de remarcar, mediante la referencia a la doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia —caso “Prosecutor v. Anto Furundzija”—, que la recepción del principio de igualdad y prohibición de discriminación por parte del *ius cogens* importaba dotarlo de “un valor absoluto del cual nadie puede desviarse”(16).

No puede dejar de destacarse la importancia que reviste la confirmación expresa por parte de la mayoría del efecto horizontal de los derechos. El debate central sobre este tema se dio en la Argentina hace ya tiempo, concretamente en 1958, al decidirse el caso “Kot”(17). La empresa Samuel Kot S.R.L. había sido tomada por sus empleados como consecuencia de un conflicto laboral. Luego de que una denuncia de usurpación se cerrase con el sobreseimiento de los empleados, la actora interpuso un “recurso de amparo” con invocación de la afectación de “las garantías a la libertad de trabajo, art. 14; a la pro-

riedad, art. 17; a la libre actividad, art. 19, de la Constitución Nacional”. Un año antes, en el caso “Siri”(18), la Corte había creado el recurso de amparo tendiente a brindar una protección efectiva a aquellos derechos constitucionales amenazados por un acto u omisión que de modo actual o inminente los violase. En este último caso, como es sabido, la violación provenía del Estado. En “Kot”, de su parte, se discutió si el amparo también procedía para poner coto a las violaciones provenientes de particulares. El debate al que la resolución de este punto dio lugar fue realmente interesante. La mayoría, integrada por Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso y Juan Carlos Beccar Varela, respondió afirmativamente a la inquietud e hizo lugar a la acción, por entender: “Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la Ley Suprema y las genuinas finalidades de aquellas garantías. 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. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes ‘los beneficios de la libertad’, y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos.

“En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de diciembre de 1948, establece en su art. 8º: ‘Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley’.

“Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio a fin de no decidir, por el sumarisimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios”(19).

La disidencia, en cambio, integrada por Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, negó la procedencia del amparo. Según se dijo allí, “el bien jurídico invocado en la especie, carece de la entidad constitucional requerida para que le sea aplicable la doctrina *sub examine*. En efecto, lo alegado en autos no es más que el desconocimiento de atributos inherentes al derecho de dominio, según se infiere con certeza del escrito presentado con fecha 8 de agosto ppto., en que se formula agravio por la ocupación de la fábrica y la prohibición de acceso a los propietarios.

“El que está en discusión, pues, no tiene carácter de derecho público subjetivo ni de ‘garantía constitucional’; es simplemente un derecho subjetivo privado, de los que se originan en las relaciones entre particulares (Fallos: 176:363), de donde se infiere que la doctrina a que el recurrente quiere acogerse es por completo extraña al tema litigioso. Cuando un particular lesiona el derecho privado de otro, como se dice que habría acontecido en la especie, su acto no es inconstitucional; tampoco vulnera ‘garantías constitucionales’ ni es susceptible del remedio de amparo que (...) resguarda esas garantías. Por el contrario, trátase de un acto ilícito y sujeto a las previsiones de la legislación ordinaria, las que deben efectivizarse de acuerdo con las normas procesales pertinentes, cuyo dictado incumbe privativamente a las provincias.

(11) Ídem.

(12) Conf. “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento - trito Capital Federal”, Fallos: 332:433 (2009), y sus s.

(13) Así se lo establece en el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 26 del to Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(14) Consid. 4º.

(15) Ídem.

(16) Ídem.

(17) CS, Fallos: 241:291 (1958).

(18) CS, Fallos: 239:459 (1957).

(19) Ídem.

"Jurídicamente hablando, pues, todo derecho del hombre muestra una configuración que podría llamarse bifronte; uno de sus lados mira hacia el Estado y presenta al derecho revestido de la calidad de 'garantía constitucional'; el otro lado, en cambio, mira hacia los terceros particulares y, desde él, el derecho es específicamente derecho privado"(20).

No reconocer la eficacia horizontal de los derechos constitucionales frustra su vigencia plena, sobre todo en momentos como el actual, en el que la globalización ha puesto límites severos a la actuación del Estado y ha incrementado el poder de tecno-estructuras transnacionales. Sin embargo, debe tenerse presente que la admisión del efecto horizontal unida a una expansión del catálogo de los derechos constitucionales, sea a través de una interpretación laxa de los derechos reconocidos en los tratados internacionales o debido a un uso abusivo del art. 33 de la CN, podría transformar toda contienda en un caso constitucional y expandir indefinidamente la utilización del amparo y la jurisdicción de la Corte Suprema(21).

Ahora bien, constatada la consagración en sede judicial no sólo la proyección de los derechos humanos hacia el sector privado del ordenamiento jurídico sino, más todavía, la facultad de exigir su respeto por los sujetos titulares de las relaciones interindividuales, cabría preguntarse ahora, a la luz de los acontecimientos que exhibe el fallo, de qué manera debería resolverse esta categoría de controversias. En otros términos, el interrogante apunta a desentrañar cuáles serían las pautas a la que el intérprete debería ajustar su actuación al momento de juzgar una contienda en la que dos particulares defienden posiciones que implican poner cara a cara derechos fundamentales receptados a través de normas con estructura de principios —o reconducibles a tales términos— o prerrogativas adscribibles a dichas disposiciones, esto es, prescripciones todas que, por esa condición, deberían ser reconocidas con el mayor alcance posible según

(20) *Ibidem*, consid. 3°.

(21) El debate sobre los efectos horizontales tuvo lugar de modo principal en Alemania. Conf. al respecto, entre muchos otros, DE DOMINGO, TOMÁS, *El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho. Derechos y libertades*, 11 (2002), págs. 251-289.

el contexto fáctico y jurídico(22). En este sentido, a diferencia de lo que podría ocurrir cuando se acusa la invalidez de una medida de fuente estatal con la que se persigue promover cierto fin en el que se encuentra interesado el bien común o que compromete el interés general en razón de que el impugnante considera que afecta desproporcionadamente o sin razonabilidad un bien de goce individual, supuesto en el cual la ecuación adopta una fórmula cuya conclusión, en último término y siempre que supere los juicios de idoneidad y necesidad(23), se circunscribe a la convalidación, o no, de la disposición cuestionada en función del grado de restricción que tolera el derecho alcanzado por la limitación, en aquella situación distinta de la que hacemos referencia, las prerrogativas de las partes, ambas sustentadas por igual en las proyecciones de los correspondientes derechos fundamentales que concurren en el caso, tendrían que obtener un nivel mínimo o esencial de vigencia práctica. Aquí es, precisamente, donde la intervención del órgano jurisdiccional origina atrayentes desafíos. En efecto, en concordancia con los postulados del constitucionalismo actual, a menos que se llegara a estimar que, en rigor de verdad, una vez desvanecidas las apariencias, sólo se verifican las condiciones para el reconocimiento de uno solo de los derechos en juego, el juez debería hallar una salida en la que, aunque fuese en proporciones distintas, una y otra prerrogativa quede de algún modo satisfecha. La dificultad entra en escena, como puede anticiparse, ya que ni la norma, sea por su estructura de principio o por carecer de una descripción acabada de la consecuencia que prescribe si es una regla, ni la disposición de fuente contractual contemplan una respuesta precisa para tal especial situación. En

(22) "Los principios son normas que prescriben que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y normativas" (ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, pág. 65, y sus citas).

(23) Puede consultarse al respecto, entre otros, BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3° ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; CIANCIARDO, JUAN, *Principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2° ed. act. y amp., Buenos Aires, Ábaco, 2009; CLERICO, LAURA, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

estos supuestos, habrá de ser el juez quien, mediante las herramientas técnicas idóneas, asuma la no sencilla labor de determinar el derecho del caso de forma tal que se actualicen, en más o en menos, ambas pretensiones(24).

4

El contenido del principio de igualdad

En el caso comentado, la mayoría sostuvo que la interdicción de la discriminación y la exigencia internacional de los Estados de realizar acciones positivas tendientes a eludir y castigar esa conducta debían reflejarse en el orden inter-

(24) La CS, en los precedentes que registra la colección oficial de Fallos: 332:1769 (2009) y 332:1835 (2009), ambos sobre sustracción de menores, debió resolver la tensión entre el derecho esgrimido por una de las partes a conocer la verdad biológica y la oposición de la otra sustentada en el derecho a resguardar su identidad, asunto en el que, además, se hallaba comprometido el imperioso interés estatal en la prosecución de la investigación de la desaparición forzada de personas, entre otros valores. Al respecto, particular relevancia exhibe la intervención del ministro Lorenzetti. En el primero de los casos citados, después de observar que "la identificación precisa de los derechos en conflicto efectuada en los considerandos anteriores, conforma un campo de tensión que obliga a adoptar una decisión basada en la razonable ponderación de principios jurídicos..." y que, "delimitados los hechos y el derecho conforme surge de los considerandos anteriores, no es posible deducir de ellos la solución de la controversia porque surge un campo de tensión entre derechos de rango similar", precisó que "[e]l conflicto ocurre cuando la plena satisfacción de un derecho conduce a la lesión de otro igualmente protegido [y que ello] es lo que ocurre en el caso, puesto que si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a conocer su identidad real. Por esta razón es que la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos. Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica" (consid. 18). Por eso, "planteando todas las posibles hipótesis e imaginando lo que significaría para las víctimas una u otra de las decisiones, es decir, si se sacrificase el derecho de unas o el de otras, aparece claro que el respeto al derecho a la verdad de la presunta familia biológica no requiere necesariamente que la otra víctima (secuestrada) cargue con todas las consecuencias emocionales y jurídicas del establecimiento de una nueva identidad formal o jurídica; bastará con que la familia biológica sea informada de la identidad y de ese modo se ponga fin a la búsqueda de décadas y termine la comisión del delito, pues en caso que la prueba resultase

no de dos maneras, por lo menos: a través de la legislación —de lo cual, acotaron, la ley 23.592 era un ejemplo— y por medio de la interpretación que de tales preceptos realizasen los tribunales(25). En esta dirección, señalaron que la ley 23.592 venía a conjurar "un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio"(26). Según este entendimiento, al imponerse al autor de ese hecho la obligación de dejar sin efecto el acto discriminatorio o de cesar en su realización y reparar el daño ocasionado, la ley 23.592, en su art. 1°, configuraba "una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues [...]

indicadora del vínculo, la verdadera identidad se halla materialmente establecida y la supresión habrá cesado, si que para ello tenga relevancia alguna que la otra víctima haga o no valer en derecho. La hipótesis construida sobre esta base provocaría una lesión o limitación mucho menor en ambos derechos en conflicto, a condición de adoptar una decisión que contemplase varios aspectos de mutuo interés en vista a disminuir al mínimo cualquier posible lesión presente o futura..." (consid. 19). Enfocado el entuerto de acuerdo con esta mirada, "la coerción física sobre la víctima presuntamente secuestrada se evitaría si se agotasen previamente las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en el cuerpo de ésta, lo que aparece a todos los efectos como más respetuoso de su dignidad y acorde con los principios constitucionales argentinos, tal como ha ocurrido en el presente caso (...) en segundo lugar, la familia biológica acabaría con su angustia conociendo que el resultado de la prueba fuese positivo en cuanto indicador del vínculo o sea, que con la comunicación de este resultado quedaría garantizado su derecho a la verdad y desde que adquiriese ese conocimiento también para la familia biológica cesaría la comisión del delito (...) la víctima secuestrada podría o no informarse de este resultado y, aunque de todas maneras fuese enterada de su identidad, esto no aumentaría el daño psicológico que ya le causa la propia sospecha o la certeza de que no guarda vínculo biológico con su familia de crianza. Satisfecho el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, serían los sentimientos y conciencia de todos los lesionados por el crimen contra la humanidad los que le señalarían su camino futuro en la vida, sus encuentros, desencuentros personales, sin interferencia coactiva alguna de la jurisdicción, la que, por otra parte, nada puede resolver acerca de esos vínculos cuando se trata de adultos, pues a la jurisdicción no sólo le está vedado hacerlo (art. 19 de la Constitución Nacional) sino que ónticamente es impotente para producir o modificar los sentimientos de los seres humanos. Para que el conflicto se resolviese de esa manera la prueba debería disponerse al solo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, que dando vedada bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro efecto o eficacia jurídica" (consids. 20, 21 y 22).

(25) Conf. consid. 5°.

(26) *Idem*.

acto discriminatorio ofende nada menos que fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno los caracteres insitos 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 ellos⁽²⁷⁾.

La mayoría de la Corte consagra, así, el reconocimiento de la doble dimensión del derecho a igualdad⁽²⁸⁾. Es decir, la admisión de que el derecho no satisface las exigencias de ese principio únicamente no violándolo, sino que está obligado a promover su mayor vigencia efectiva⁽²⁹⁾.

Esa defensa y promoción no consiste en impedir o promover que se trate igual a todos, sino en procurar que se trate igual a lo mismo y no igual a lo distinto⁽³⁰⁾. Esto, dicho con otras palabras, equivale, respectivamente, a la prohibición de discriminación y a la exigencia de promoción de acciones enderezadas a reducir las desigualdades estructurales en el goce de los dere-

chos con el objetivo de que todas las personas tengan la posibilidad real de participar en el disfrute de los derechos.

Se trata de parámetros amplios, cuya aplicación concreta conduce necesariamente a discusiones: el juicio de igualdad encierra un conflicto entre principios. En su propio seno se suscita una tensión a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que, conforme se vio, postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, puesto que cada uno de sus defensores podrá alegar a su favor alguno de los referidos mandatos. En este sentido, nótese que, por un lado, siempre habrá alguna razón para reclamar la igualdad, pues en la unidad esencial de la que participan todas las personas será posible hallar un rasgo de esa identidad, pero, por el otro lado, también habrá que tener en cuenta que son escasas, si no nulas, las situaciones verdaderamente idénticas. Por consiguiente, ante la alternativa de hallar razones a favor y en contra de la regla de igualdad, será preciso ponderar cada caso a fin de establecer cuál resulta proporcionalmente más atendible⁽³¹⁾.

Con este contexto, se ha dicho que el principio de igualdad admite un nuevo despliegue en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato diferenciado para aquellas situaciones que no comparten ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario entre aquellos cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias, y, por último, (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en donde las diferencias resultan más relevantes que las coincidencias⁽³²⁾. Mientras que los mandatos 2 y 4, en cuanto ordenan un trato diferenciado, representan las acciones de promoción en cabeza del Estado, los mandatos 1 y 3, que imponen una consideración igual, receptan la prohibición de discriminación. Ahora bien, dada la indeterminación que afecta a dichos juicios y la insuficiencia

analítica de la que adolecen las propuestas hasta ahora conocidas, sobre la base del juicio de proporcionalidad en sentido amplio y la adaptación de la jurisprudencia norteamericana acerca de la cláusula *equal protection* recogida por la decimocuarta enmienda, se ha postulado un "juicio integrado de igualdad", que aportaría un criterio estructural con mayor aptitud para evaluar la prohibición de discriminación como para juzgar el deber de igualdad en la dimensión promotora de los desfavorecidos. A partir de la constatación de una injerencia en la igualdad y según cuál sea el tipo de ella que se encuentre comprometido, del criterio en que se asiente la diversidad de tratamiento —que determinará la profundidad del escrutinio: débil, intermedio o estricto— y del nivel de afectación en que resulte alcanzada la igualdad, desemboca un listado de directivas argumentativas a tener en cuenta por el intérprete⁽³³⁾. Como se expresa, son veintitrés reglas que "condensan los rasgos básicos de una versión analíticamente estructurada del juicio integrado de la igualdad", aunque "deben ser complementadas con una extensa gama de premisas analíticas, normativas y empíricas, relevantes en los casos concretos"⁽³⁴⁾.

En nuestro medio, la Corte Suprema dio muestras de la recepción de algunas de estas directivas en los precedentes "Hooft"⁽³⁵⁾, "Gottschau"⁽³⁶⁾ y "Mantecón Valdez"⁽³⁷⁾, casos en los que debió enjuiciar la constitucionalidad de leyes que utilizaban clasificaciones basadas en categorías prohibidas. En dichas ocasiones, expresó que el trato desigual era ilegítimo siempre y cuando quien defendiera su validez no lograra demostrar que obedecía a fines sustanciales antes que meramente convenientes, y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los diversos medios posibles para alcanzar la finalidad perseguida. Sin embargo, percibimos que resta todavía un extenso desarrollo en torno al enjuiciamiento —por omisión o insuficiencia— del deber del Estado de implementar acciones destinadas a la promoción de la igualdad fáctica a favor de los desfavorecidos.

5 Conflicto o armonía de los derechos en juego

Los casos en los que se encuentra en discusión la interpretación de derechos constitucionales pueden ser entendidos como conflictos de derechos entre sí o como conflictos de pretensiones. En el primer supuesto, la salida suele ser la jerarquización de los derechos o su ponderación. En el segundo, el intérprete procura —o intenta lograr— la armonización de los derechos⁽³⁸⁾. A grandes rasgos, en la jerarquización sucede que el intérprete adjudica a los derechos constitucionales diverso nivel de importancia, de suerte que el caso es resuelto según el orden de una tabla abstracta de jerarquías previamente elaborada, en virtud de lo cual un derecho que ocupa un escalón inferior será sacrificado a manos del superior. En la ponderación, en cambio, se analizan en abstracto o en el caso las ventajas y desventajas que se seguirían de dar primacía a uno u otro derecho. La alternativa armonizadora, por su parte, procura preservar un ámbito de funcionamiento razonable (o de "ejercicio regular", empleando una expresión familiar en el derecho argentino) para cada derecho, que sólo en apariencia se hallaría en pugna⁽³⁹⁾.

El problema que se planteaba en la sentencia que venimos analizando pudo ser entendido como una colisión o conflicto entre dos derechos constitucionales. De un lado, el derecho del empleador a "ejercer una industria lícita" y,

(38) Conf. CIANCIARDO, JUAN, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Abaco, 2007, *passim*.

(39) Conf. SERNA, PEDRO - TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pág. 37 y sigs.

Ha expresado la CS que "cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de otro..." (caso "Larocca, Severo", 25-9-64, Fallos: 259:403, ED, 9-290, voto de la mayoría, que suscribieron los jueces Boffi Boggero, Aberastury, Bidau y Juárez Peñalva).

Se ha dicho en el mismo sentido que "cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de otro..." (caso "Larocca, Severo", 25-9-64, Fallos: 259:403, ED, 9-290, voto de la mayoría, que suscribieron los jueces Boffi Boggero, Aberastury, Bidau y Juárez Peñalva).

(31) Conf. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 182.

(32) Conf. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, capítulo noveno, *passim*.

(33) *Ibidem*, apart. 2°.

(34) *Ibidem*.

(35) Fallos: 327:5118 (2004).

(36) Fallos: 329:2986 (2006).

(37) Fallos: 331:1715 (2008).

(27) *Ibidem*.

(28) En el voto de la disidencia, como se expuso en el párrafo 2°, se avanzó un escalón más al refinarse en algo el concepto de igualdad tradicional. Se lo hizo a través de la distinción de las denominadas categorías sospechosas, las cuales se asientan en rasgos que su sola presencia, a menos que se demuestre lo contrario, revelaría una distinción que iría contra la vigencia de la igualdad de trato. Aunque, en la mayoría, los jueces Lorenzetti, Highton y Goyari pusieron el acento en que la exigencia internacional de igualdad obliga a los Estados a llevar adelante acciones que debían quedar reflejadas en la legislación interna, en la cual, dijeron, la ley que era objeto de enjuiciamiento no podía ser discriminatoria. El artículo 17 de la LCT, que prohíbe cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral, era una manifestación del principio de igualdad y en la interpretación que de dichas disposiciones hicieron los tribunales (cfr. consid. 6°), escasos argumentos concedieron, no obstante, a la necesidad de esclarecer el nivel de éxito que debía alcanzar la promoción de la igualdad mediante la actuación estatal.

(29) Conf., al respecto, CIANCIARDO, JUAN, *Humana dignidad e implicaciones de los derechos humanos*, en P. (ed.), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía de Javier Hervada*, Piura, Ara Editores, 2005, págs. 12-13.

(30) Sostenía ARISTÓTELES que "la justicia consiste en dar a cada uno lo que es suyo, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; la igualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales..." (*Política*, trad. de J. M. Araujo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 83).

como una derivación de él, la facultad de contratar o desvincular a las personas que trabajan en la empresa. Del otro, el derecho de los empleados a no ser discriminados en el ámbito de su trabajo. La mayoría, pese a ciertas referencias que podrían ser atribuidas a un talante armonizador, en definitiva se inclinó por una postura más acorde con ciertas características que informan la visión que define esta clase de tensiones según la jerarquía de los derechos en juego⁽⁴⁰⁾. En el mejor de los casos, si se quiere, podría concebirse que, aunque de manera deficiente, el resultado al que se llegó provino de una encubierta ponderación sobre la base de cálculos incompletos y exclusivamente teóricos. Por el contrario, los jueces que se pronunciaron en disidencia se inclinaron por una auténtica interpretación "armonizadora".

En el voto mayoritario, de entrada, se puso de manifiesto que la cuestión a ser juzgada residía en determinar si la ley 23.592 era aplicable a la relación de trabajo privada y si la reinstalación prevista en su art. 1º era compatible con los derechos que la empleadora demandada aducía sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 de la CN⁽⁴¹⁾. Como era de esperar de una concepción como la indicada, en la que no se toman en serio los derechos esenciales de ambos contendientes, siempre desde el punto de vista del planteamiento del reclamante, se entendió que aquellas cuestiones imponían precisar el estado en el que se encon-

traban "los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar"⁽⁴²⁾.

Luego de los pasajes que se dedicaron a poner de resalto la importancia abstracta que cabía asignar al principio de igualdad, en general, y en el ámbito de las relaciones de trabajo⁽⁴³⁾, en particular, por una parte, se afirmó que debía ser descartada la pretendida inaplicabilidad de las disposiciones de la ley 23.592. Con el objeto de sustentar mejor esta afirmación, se brindaron variadas razones que se desarrollaron en los considerandos 6º y 7º, entre las que se destacan las siguientes: en primer lugar, en forma tajante, se manifestó que "nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario"⁽⁴⁴⁾. En segundo lugar, mediante la reproducción textual del antecedente de la Corte Interamericana de Justicia, ya mencionado, se expresó que "la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos"⁽⁴⁵⁾. En tercer lugar, se sostuvo que la norma era apropiada y necesaria en el ámbito de las relaciones individuales del trabajo, puesto que la prestación del trabajador comprometía a la misma actividad humana, que resultaba inseparable de la persona y, por lo tanto, de su dignidad⁽⁴⁶⁾, lo que explicaba, al mismo tiempo, que dignidad y trabajo se relacionasen en términos naturalmente entrañables⁽⁴⁷⁾, tal como está destacado en el art. 14 bis de la CN en cuanto dispone que las leyes asegurarán al trabajador condiciones dignas de labor y lo reitera el art. 7º del PIDESc, al igual que lo hacían la Declaración Americana y Universal de 1948 y la Declaración

(42) Consid. 3º.

(43) Conf. consid. 3º y 4º.

(44) Consid. 6º.

(45) "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes", voto del juez García Ramírez.

(46) Conf. "Pérez c. Disco S.A.", Fallos: 332:2043 (2009).

(47) Conf. "Madorrán", Fallos: 330:1989 (2007).

de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo. A todo esto, añadieron, se sumaba el principio *pro homine*, que obliga al intérprete a elegir, en tanto la norma lo posibilite, el resultado que proteja en la mayor medida a la persona humana⁽⁴⁸⁾. Esta pauta, se indicó a continuación, "se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales"⁽⁴⁹⁾. Se recordó, en este sentido, que en el precedente "Berçaitz"⁽⁵⁰⁾ se había censurado toda interpretación restrictiva de los derechos humanos, por resultar contraria a la jurisprudencia de la Corte acerca del principio de favorabilidad⁽⁵¹⁾.

Por otra parte, aun cuando se asumiese la hipótesis de una colisión como la referida, los jueces señalaron de modo expreso y terminante que no advertían "incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y a ejercer toda industria lícita, que invocó el apelante con cita del caso 'De Luca', de 1969 (Fallos: 273:87)"⁽⁵²⁾. Sin embargo, para entenderlo de esta manera, el voto comentado se circunscribió con exclusividad a destacar que, por no mediar similitudes de verdadero interés, el antecedente citado por la demandada era irrelevante para conducir a una solución diferente. Según el orden establecido en el referido pronunciamiento, en primer término, fue señalado que la *ratio decidendi* del fallo "De Luca" había involucrado una cuestión distinta de la que se planteaba en esta nueva ocasión, habida cuenta de que en aquel momento, a diferencia del actual, se encontraban en pugna el art. 17 de la CN y el derecho de propiedad, por un lado, y las remuneraciones y los salarios de los que eran merecedores los dependientes, por el otro. En segundo término, también en oposición al supuesto alegado por la demandada, se afirmó que en esta oportunidad no se hallaba en discu-

sión un régimen general de estabilidad propia e absoluta frente a un despido arbitrario, "sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación"⁽⁵³⁾. En tercer lugar, asunto que fue reputado fundamental para la resolución del litigio, el marco constitucional que se presentaba a la Corte Suprema al momento de expedirse en "De Luca" distaba en mucho del vigente en esta época. Sobre el particular después de recordar cuál era su doctrina permanente acerca de la exégesis de la Constitución Nacional --"cuerpo que no puede dividirse sino que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás"⁽⁵⁴⁾--, en virtud de la jerarquía constitucional que habían adquirido los instrumentos internacionales relacionados en forma previa y que, por ende, constituían parte del bloque de constitucionalidad federal, aquella armonía que debía hallarse entre los distintos apartados del texto de la Ley Fundamental no podía ser alcanzada sino dentro de este novedoso contexto⁽⁵⁵⁾.

En la secuencia siguiente del razonamiento en el voto mayoritario se pasó a mostrar que, aun cuando no se encontrara impuesta la reinstalación del dependiente en el orden internacional tampoco se hallaba descartada la reincorporación del individuo que había sido privado arbitrariamente de su empleo⁽⁵⁶⁾. Asimismo, por más que no hubiera sido ratificado por nuestro país, se entendió de interés señalar que en el Convenio n° 158 sobre terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982) se preveía la posibilidad de que los tribunales que debieran resolver sobre el carácter injustificado o justificado de un despido, en el primer supuesto pudieran anular la terminación y ordenar la readmisión⁽⁵⁷⁾.

(53) Ídem.

(54) Ídem, con cita del antecedente "Galassi", publicado en Fallos: 310:2733 (1987).

(55) Ídem.

(56) Ídem, donde se recordó lo dicho al respecto en "Madorrán", anteriormente citado, con referencia a la norma del art. 6.1 del PIDESc, en "Torillo" --Fallo 332:709 (2009)--, oportunidad en la que se mencionó la opinión coincidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(57) Ídem.

(48) Conf. consid. 6º, con cita de la doctrina del caso "Cardozo", Fallos: 329:2265 (2006), y "Madorrán", que se acaba de apuntar.

(49) Ídem (el destacado nos pertenece).

(50) Publicado en la colección de Fallos: 289:430 (1974).

(51) Conf. consid. 6º.

(52) Consid. 7º.

n función de todas estas apreciaciones, los votos que suscribieron el voto mayoritario tanto entendieron, en primer término, que desde una visión superficial de protección era el despido arbitrario consagrada en el artículo 14 bis de la CN se podría sostener, como propia a la demandada, que la reinstalación se entra excluida absoluta y permanentemente sistema jurídico argentino⁽⁵⁸⁾. Al mismo tiempo, en segundo lugar, como resultado de la pretensión evolutiva del principio *pro homine* de aquel canon exegético que indicaba que la institución, lejos de ser objeto de un examen meramente histórico, debía ser comprendida con un sentido de futuro y en consideración con las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, que debía ser obra genuina de los intereses, en particular de los jueces, a quienes se les atribuye el deber de consagrar la inteligencia del contenido de la Ley Fundamental que mejor asegure los grandes objetivos para los que había sido dictada, el contenido del artículo 14 bis debía ser interpretado según el modo en que se leían los preceptos que enuncian derechos humanos, es decir, como una norma de contenidos mínimos (...), que incluye a todos los sujetos de derechos y garantías inherentes al ser humano⁽⁵⁹⁾.

En su parte, en lo que atañe a la minoría, se trata de una diferencia de lo que sucedió en el voto anterior, los ministros Lorenzetti, Highton y Gajardo se detuvieron a examinar con minuciosidad el contenido que debía asignar a la facultad de contratar y a desentrañar cuál había sido su proyección concreta en sus pronunciamientos⁽⁶⁰⁾. Respecto de lo primero, señalaron que formaba parte de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y que, de principio, otorgaba al titular la posibilidad de elegir la clase de comercio más conveniente y la de ejecutar los actos jurídicos correspondientes⁽⁶¹⁾. No obstante, enseguida matizó el reconocimiento al indicar que, en el ámbito del contrato de trabajo, dicha facultad se encuentra trabada reglamentada "por normas de carácter restrictivo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las con-

diciones a las que está sujeta dicha relación. Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social"⁽⁶²⁾.

Con todo, según se aciaró a renglón seguido, dicha potestad reglamentaria, inherente al Estado, no podía alcanzar, salvo en casos excepcionales, la prerrogativa en cabeza del empleador de contratar o de no hacerlo y, en el primer supuesto, de elegir con quién, puesto que la garantía constitucional en que reposaba esa facultad comprendía una dimensión negativa, la libertad de no contratar, la que exteriorizaba un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tenía derecho en los términos del artículo 19 de la CN y constituía, asimismo, una derivación del derecho a ejercer una industria lícita consagrado por el artículo 14 de ese mismo cuerpo de disposiciones⁽⁶³⁾. En este sentido, con mención de una cantidad de precedentes del propio tribunal, se expresó que no se podía "obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia" y que "una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido"⁽⁶⁴⁾.

De acuerdo con la perspectiva que conferían los conceptos hasta el momento examinados, la minoría entró de lleno al tratamiento de la cuestión federal planteada, consistente en determinar "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 1º"⁽⁶⁵⁾.

En lo que atañe al primer aspecto de este cuestionario, en el voto en disidencia parcial se

(62) *Idem*.(63) *Ibidem*.

(64) Conf. consid. 9º y cita de Fallos: 273:87 (1969), 306:1208 (1984) y 321:3081 (1998).

(65) *Consid.* 10.

sostuvo que no se apreciaba que los términos de la norma enjuiciada, por la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida con su dictado, permitieran excluir de su aplicación la situación particular llevada a juicio⁽⁶⁶⁾.

En cuanto concierne a la segunda parte del interrogante, entre los actos discriminatorios realizados en el ámbito laboral, se entendió necesario diferenciar aquellas situaciones que no extinguían la relación con el empleador de las otras que se orientaban a ponerle fin, ya que, como en el caso concreto, cuando el hecho discriminatorio tendía a la conclusión del vínculo laboral, se suscitaba un supuesto problemático, respecto del cual correspondía al juzgador discernir si procedía ordenar la continuidad del contrato laboral a través de la reinstalación de los dependientes despedidos⁽⁶⁷⁾. Esta posibilidad, conforme se observó en el voto, planteaba al intérprete "el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador"⁽⁶⁸⁾.

En contraposición al estado de cosas que se tuvo en cuenta en la solución que finalmente se impuso —la de la mayoría—, los ministros que suscribieron el voto en disidencia expresaron que, aun cuando la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutelaba al empleado frente a los actos discriminatorios prohibidos, debía entenderse que lo hacía dentro de ciertos límites orientados a armonizar los derechos de ambos individuos⁽⁶⁹⁾. Así lo interpretaron en función de la idea común que exhibía el catálogo de remedios prescriptos por diversas normas para atender supuestos de actos discriminatorios en la esfera de las relaciones laborales⁽⁷⁰⁾, ya que en tales situaciones no se negaba por completo la

(66) *Conf. consid.* 11.(67) *Conf. consid.* 13.(68) *Consid.* 13.(69) *Conf. consid.* 14.

(70) Para el primer caso, se mencionó el artículo 182 que regula el despido motivado por matrimonio del trabajador y el artículo 178 que protege el despido que obedece al embarazo de la empleada, en ambos casos de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto que para el segundo se citó el artículo 177 de la LCT y los artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales.

posibilidad de que el empleador pusiera fin a la relación con el dependiente —en ellas se contemplaba la elevación considerable del monto indemnizatorio y la prohibición de permitir el despido directo sin causa por un tiempo cierto—, y de donde se entendió advertir una misma línea de política legislativa, de acuerdo con la cual se presumía que el despido por motivos de discriminación tenía un plazo determinado, fuera del cual el régimen ordinario recuperaba su vigencia⁽⁷¹⁾. De suerte que en el derecho actual, en el ámbito del empleo privado, sector en el que rige la estabilidad denominada impropia o relativa —donde, sin desconocerse la vocación de permanencia del contrato de trabajo, se admite la extinción por despido mediante el cobro de una indemnización—, se confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio⁽⁷²⁾.

En función del análisis de las normas mencionadas, en este voto se infirió que el legislador había logrado conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo, puesto que, frente a un despido con fuente en un acto discriminatorio, la sanción de la reinstalación del empleado se hallaba dispuesta de manera expresa y siempre que el despido sin causa tuviera lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encontraba determinado por la ley respectiva⁽⁷³⁾. Por el contrario, a diferencia de lo que ocurría con dichas previsiones legales, esto es, las sancionadas para regir en el ámbito de las relaciones de trabajo, la ley 23.592, precisó la minoría, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requería de un ajuste para evitar que se distorsionara el equilibrio de los derechos de cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. En la situación particular, ello conducía a que las consecuencias jurídicas de un acto discriminatorio tuvieran que ser definidas "en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que (...) contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previ-

(71) *Conf. consid.* 14.(72) *Conf. consid.* 15.(73) *Conf. consid.* 16.(58) *Conf. consid.* 9º.(59) *Idem*.(60) *Conf. consid.* 8º y 9º.(61) *Conf. consid.* 8º.

sión expresa y siempre por un plazo determinado"⁽⁷⁴⁾. Ante este panorama, al constatarse la ausencia de prescripciones legales específicas, lo anterior conllevaba, al mismo tiempo, la necesidad de acudir a una solución que, por vía analógica, reparase debidamente los perjuicios del trabajador. En esta dirección, las disposiciones de las que antes se hizo mérito constituían, a juicio de los ministros, "la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego"⁽⁷⁵⁾.

6 Algunas de las afirmaciones que deja el caso

La Corte resolvió el caso afirmando explícita o implícitamente lo siguiente:

1. Los derechos constitucionales tienen efectos horizontales. Es decir, se encuentran obligados a respetarlos no sólo los órganos del Estado sino también los particulares, y resulta posible hacerlos valer tanto frente a unos como frente a otros. El desafío que se abre aquí es el de evitar una inflación de derechos que acaba transformando todos los casos en casos constitucionales (en el sentido estricto que le da la Corte). No estamos ante una afirmación revolucionaria, pero sí llama la atención la profundidad de las consecuencias que el Tribunal extrajo de ella en este caso.

2. Los derechos constitucionales tienen una dimensión negativa y otra positiva. Los órganos del Estado no satisfacen los derechos únicamente no violándolos (vertiente negativa), sino que están obligados a desarrollar una política de derechos, es decir, a promover su mayor vigencia efectiva posible (vertiente positiva)⁽⁷⁶⁾. En este mismo sentido, se ha afirmado con razón

(74) Ídem.

(75) Ídem.

(76) Conf. CIANCIARDO, JUAN, *Principio...*, cit., págs. 86/87.

(siguiendo a R. ALEXY) que en la cultura jurídica occidental se ha adoptado como criterio clasificante de la legitimidad del poder estatal la pretensión de garantizar el respeto de los derechos humanos y de posibilitar su ejercicio⁽⁷⁷⁾. Desde el punto de vista que proporciona la actividad de los jueces, no parece sencillo dar con estándares que permitan un control del grado en que esta pretensión es realmente realizada por los otros poderes. Una prueba de esta dificultad es el ir y venir de la Corte Suprema argentina en torno al control de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones legislativas: el tribunal ha reiterado en muchas ocasiones que ese control no le compete, pero en no menos e importantes ocasiones lo ha ejercido sin declarar que lo hacía⁽⁷⁸⁾.

3. Los derechos constitucionales deben ser interpretados armónicamente. Esta alternativa ofrece inigualables ventajas sobre las demás en tanto se procure verdaderamente tomar los derechos humanos en serio, desde que por su intermedio habrá de ser posible hacer realidad el respeto de su contenido esencial⁽⁷⁹⁾.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - AMPARO - RECURSO EXTRAORDINARIO - DERECHOS HUMANOS - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - DISCRIMINACIÓN - TRABAJO

(77) Conf. CLERICÓ, LAURA, *El examen de...*, cit., pág. 23.

(78) Conf. CIANCIARDO, JUAN, *Principio...*, cit., págs. 79/93 y sus citas.

(79) Véase el art. 21 de la Constitución de la Provincia de Chubut, que prescribe que "[l]os derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales..."; BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 9ª ed. act. y amp. a 1999-2000, Buenos Aires, Ediar, t. I-A, págs. 730 y 808, n° 173.

OPINIONES Y DOCUMENTOS