

“La discriminación laboral por causa del matrimonio igualitario”

Comentario al fallo “Suárez Marcos Dalmiro y Otro c/ Ministerio de Salud de la Nación y otro s/ Despido” (Sentencia de fecha 29 de abril de 2.013, dictada por la Sala VI de la C.N.A.T.)

Por CARLOS A. TOSELLI¹

1. Introducción:

La mayoría de los países latinoamericanos, como integrantes del concierto de naciones civilizadas han suscripto numerosos tratados y convenios que tienen como eje punible la conducta discriminatoria. En ese sentido merecen destacarse el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Empleo y Ocupación que señala que la discriminación en el empleo significa cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, sexo, color, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad que tenga por resultado la eliminación o violación de oportunidades a trato igualitario, con relación al empleo o en el ejercicio de la profesión. La discriminación también incluye cualquier otra diferenciación, exclusión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades a trato respecto del empleo o en el ejercicio de la profesión. No se considerará discriminatoria la diferenciación, exclusión o preferencia basada en las calificaciones requeridas para un empleo específico.

A su vez la declaración Socio Laboral del MERCOSUR dispone: Art. 1: Todo trabajador tiene **garantizada** la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, **sexo u orientación sexual**, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o **cualquier otra condición social o familiar**, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Como se puede advertir de la mera lectura del texto mercosureño se desprende una diferencia sustancial por cuanto se exige un rol activo

¹ Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde setiembre de 1.991.- Doctor en Derecho - Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas.- Profesor de Postgrado en Universidades Estatales y privadas.-

estatal y otorga un claro derecho a peticionar de aquel trabajador que fuera víctima de la conducta disvaliosa.

La obligación de garantía es estatal a través de actos de sus tres poderes, es decir el legislativo mediante el dictado de normas de fuente heterónoma que hagan efectiva la garantía proclamada, a más de la debida verificación de cumplimiento de dichas normas a través de la actividad inspectiva estatal, en su labor de policía del trabajo y también en función de la actividad jurisdiccional de protección de este derecho humano fundamental cuando el mismo se vea alterado o violentado.-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que a falta de legislación positiva que garantice la ausencia de conducta discriminatoria contra un determinado colectivo, el "Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana y consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado y es un principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados"².-

En lo que es motivo de este trabajo, es decir la discriminación laboral, con eje en la situación matrimonial de jure o de facto del o los afectados, al igual que en cualquier otro supuesto discriminatorio sostengo que las normas internacionales supra transcritas y también las leyes 23.592 y 20.744 (en sus arts. 17 y 81 y en el capítulo específico de protección del matrimonio) y también aquellas que regulan el empleo público, son disposiciones de textura abierta, ya que tanto la normativa internacional como la local si bien hacen referencia a las conductas discriminatorias más reconocidas, dejan claramente abierta la posibilidad de inclusión de otras posibilidades que revelen el encuadre en la conducta punida o cuestionada, debiendo quedar claro que el acto discriminatorio puede acontecer en la etapa pre-contractual, en la ejecución del contrato o en miras a su disolución por causa atribuida a la patronal.

Así lo ha señalado la jurisprudencia nacional al establecer que la enumeración de los motivos de discriminación que formula la L.C.T. es meramente enunciativa y no taxativa, lo cual significa que está incluida en la prohibición toda distinción que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato fundado en un motivo arbitrario, como puede ser el aspecto físico o el hecho de que el dependiente

² GIALDINO, Rolando E.: "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", La Ley 10-6-2008.-

padeciese una enfermedad, o su situación matrimonial o su condición sexual con la eventual inconveniencia en la prosecución del contrato laboral³

II - La protección del Matrimonio en la Ley de Contrato de Trabajo

En el marco del régimen legal de contrato de trabajo existen solamente tres normas que contemplan el mecanismo protectorio para este instituto.-

Como primer aspecto interesante es el título asignado por el Capítulo III de la Ley de Contrato de Trabajo cuando estipula "De la prohibición del despido por causa de matrimonio". Ya he señalado en otras ocasiones al referirme a normas que establecen prohibiciones de hacer, que la respuesta coherente dentro del sistema legal debería ser la nulidad del acto violatorio de la prohibición, ya que de lo contrario, admitir la tesis de la validez del acto prohibido implicaría ponerle precio a la ilegalidad, lo cual más allá de su mayor o menor cuantía, determina una opción favorable al victimario, lo que opera como una ecuación matemática inversa, ya que para quien posee mayor poder económico, el carácter disuasivo de la sanción pecuniaria será menor.

Dentro del aspecto normativo, el art. 180 determina que: "serán nulos y sin ningún valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio"

La norma tiende a la protección del régimen del matrimonio civil, que es el único legalmente reconocido en nuestra legislación, más allá de las creencias que puedan sustentar los contrayentes y que en algunos casos podrían determinar una mayor importancia en el fuero íntimo o convictivo al matrimonio religioso, pero tal celebración no activa los mecanismos protectorios de la legislación general.

Dicha norma tiene su antecedente en la ley 12.383 que disponía: "*Queda prohibido a los patrones, a las empresas concesionarias de servicios públicos y a las sociedades civiles y comerciales de cualquier naturaleza dictar reglamentaciones internas y celebrar pactos o convenios que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio. Actos tales se reputarán nulos*" (art. 1º).

La nulidad allí estipulada acarrea la consecuencia prescripta normativamente por el art. 13 de la LCT, es decir hace jugar el mecanismo de la conversión.

Si bien la disposición es genérica y como principio abarcativa de ambos sexos, tiende claramente a la protección de la mujer en razón de que hay ciertos y determinados empleos que requieren de un flujo

³ Conf. GARCIA MARGALEJO, de su voto en autos: "ROSSI, Rodolfo c/ Orígenes AFJP S.A.", sentencia de fecha 6-5-2005.-

importante de prestación horaria (casos de secretarías ejecutivas, aeromozas de aviones, modelos profesionales, etc) el que podría verse afectado si la mujer pasara a detentar obligaciones familiares que antes no poseía, tales como la atención o el cuidado del hogar o las eventuales cargas de familia, más allá de que ello responde a un contexto socio cultural de asignación de roles, que la realidad de los últimos decenios ha ido delimitando de manera precisa con un mayor esfuerzo compartido en la colaboración en la vida familiar, sin perjuicio de aquellos aspectos biológicos como la concepción y la atención primaria del neonato en sus primeros momentos que requerirán una participación más decisiva de la mujer.

El art. 181 por su parte especifica que "se considera que el despido responde a la causa mencionada (en el capítulo) cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posterioridad a los plazos señalados".

Como se advierte del texto legal la norma es más precisa en su consideración que en el caso del despido por causa de maternidad, ya que dispone una evaluación judicial que en principio vedaría la posibilidad inclusiva de la causa de excepción si no se hubiera invocado la misma en la comunicación del distracto.-

Sin embargo el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha relativizado los alcances de la norma legal al señalar: "(El A-quo) no podía apegarse sacramentalmente a lo que llama fijeza prejudicial -despido sin invocación de causa-, so pena de caer en una contradicción insalvable desde el punto de vista de las reglas del correcto razonar. Es que antes analizó los acontecimientos que desembocaron en el desahucio. Y aún sin calificarlos en su gravedad (faltante de dinero), no se puede soslayar que fue el motivo de la decisión de la demandada y que abonó la indemnización por ello. Es en este contexto que el reclamo roza la violación del principio de buena fe -art. 63 de la LCT- pues de lo acreditado en la causa nada indica que la desvinculación se relacionó con el acto del matrimonio del que ya había transcurrido casi todo el tiempo de la protección -aspecto fáctico que debe ser valorado como indicio de la verdadera motivación del distracto-. Además la presunción de la norma en cuestión ("iuris tantum") no puede ser más gravosa que la por causa de maternidad. El alcance es idéntico y la distinción que al respecto efectúa el a quo no responde sino a una cuestión semántica producto de la redacción legislativa (fs. 132 in fine)⁴"

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha expresado que: "Los artículos 196, 197 y 198 de la ley 20.744 (hoy 180, 181 y 182) tenían

⁴ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Autos: "Campos Mariana R. c/ Falabella S.A. – Demanda- Recurso de Casación" – Sentencia N° 120, de fecha 30 de octubre de 2.006.

como finalidad específica salvaguardar la institución matrimonial, y en particular, impedir que la mujer empleada pudiera ser eventualmente despedida en caso de contraer enlace, para lo cual establecía la presunción de que ésta había sido la causa del despido cuando el mismo se producía dentro del plazo de seis meses antes o doce meses después de celebrado el matrimonio, salvo que el empleador invocara y acreditara otro motivo, presunción que no operaba en contra del empleador si éste acreditaba de manera cabal que desconocía el futuro enlace de la mujer despedida, dado que la ley implementaba un rígido esquema sancionatorio concordante con su objetivo, pero marginando necesariamente a quienes no incurrieran en dicha arbitrariedad. Tal criterio ha sido mantenido por el art. 181 de la ley 21.297, con la salvedad de poner a cargo de la obrera la obligación de notificar a su empleador, fehacientemente, su futuro matrimonio”⁵

Por su parte la sanción legal de naturaleza pecuniaria figura contemplada en el art. 182 al disponer: “En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el art. 245”.-

Ya he criticado en diversos artículos y trabajos doctrinarios esta disposición, afirmando que tiende a favorecer al discriminador al determinar el valor de la discriminación (la discriminación tasada) lo que no se compadece con la normativa internacional y que ha tenido una relevante discusión en los fundamentos de los votos de mayoría y minoría en la causa “Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.”⁶, adhiriendo el suscripto decididamente a la postura mayoritaria de nuestro máximo tribunal nacional.

Por lo demás si la opción de la víctima es la reparación patrimonial no advierto obstáculo para que la tarifa agravada sea el piso mínimo de resarcimiento y que el reclamante pueda invocar y acreditar el mayor daño padecido (p. ej. que por causa del despido discriminatorio padecido haya entrado en crisis el matrimonio y haya culminado en divorcio, o el daño moral –que entiendo en estos casos es *in re ipsa*, por estar basada la causa que afecta al sujeto pasivo de la conducta discriminatoria en su estado de familia).

III – La situación del trabajador varón

Este régimen se entiende incluido en la protección al matrimonio celebrado por las formas que exige la ley civil, tanto en el país como en

⁵ SCJBA, Autos: “González Norma E. c/ Condal S.A.” – Ac- 24224, Rep. DJ 1979-I-22, sum. 53, DJBA 115-54. Sentencia de fecha 25-4-1978.

⁶ C.SJ.N. Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2.010.-

el extranjero, siempre y cuando en este último caso no lo sea en fraude a la ley argentina⁷.

La inclusión de dicha protección en el régimen general de mujeres ha generado no poca discusión doctrinaria acerca de si la norma protectoria incluye también al varón trabajador despedido por el hecho de haber contraído enlace, o solamente a la beneficiaria de la batería protectoria ubicada en dicho título, es decir a la mujer. Así, Demichelis sostiene que también es comprensiva del trabajador varón, porque dentro del capítulo III del título VII no se hace ninguna distinción por el sexo del personal.

La jurisprudencia mayoritaria del país tiende a sostener que dicha disposición es abarcativa de ambos géneros, y que lo que la ley busca proteger y alentar es la celebración de matrimonios como forma de constitución de familias legalmente amparadas en nuestro derecho positivo. En la provincia de Córdoba, si bien hay escasos precedentes judiciales, la línea de análisis pasa por admitir la posibilidad de considerar al despido incausado originado en el hecho del matrimonio del varón, pero eliminando la presunción legal, por lo que corresponderá a éste poder acreditar la existencia del hecho discriminatorio por causa de su matrimonio. Esta línea es la concordante con la exposición de motivos de la originaria ley 20.744, antes de su reforma⁸. Sin embargo, otros pronunciamientos han cuestionado tal posibilidad y rechazado las demandas prácticamente *in limine*.

Al respecto ha establecido la jurisprudencia local:

"[...] las disposiciones de los artículos 181 y 182 del R.C.T. no son aplicables al trabajador varón, ya que se encuentran ubicadas dentro del título 7° del mentado régimen legal, referido particularmente al 'Trabajo mujeres'. Resulta evidente que ésa ha sido la intención clara del legislador, en tanto ha ubicado las normas invocadas por el reclamante como sustento de su derecho, como capítulo 3 del mentado título 7°, en el que la totalidad de los capítulos se refieren —sin duda alguna— a aspectos que exclusivamente se vinculan al del trabajo dependiente de las mujeres, como su título lo indica. Confirmando que ésa era la intención del legislador, el originario texto del R.C.T. sancionado en mil novecientos setenta y cuatro, contenía el art. 299, que expresamente disponía que la protección legal en cuestión '[...] podía extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo', excepcionalidad que quedaba librada —evidentemente— a la prueba que se rindiera y al criterio del juez de la causa, como ocurre con la

⁷ DEMICHELIS, Héctor Blas – DE PALACIOS, Manuel Luis: "Despido por causa de matrimonio", J.A., diario N° 4890, ejemplar del 5-12-1975.-

⁸ Así se decía: "Tratándose de una situación excepcional, la del hombre, cuyo despido se dispusiera por causa de matrimonio, por el art. 299 (Título XV: Disposiciones complementarias) se admite lo dispuesto en el art. 198 (hoy 182) apreciado con criterio restrictivo".-

valoración de la 'injuria' determinante de la extinción de un contrato de trabajo. La exposición de motivos también confirmaba el criterio precedentemente expuesto, diciendo: 'Tratándose de una situación siempre excepcional la del hombre, cuyo despido se dispusiera por causa de matrimonio, por el artículo 299 se admite la aplicación de lo dispuesto en el art. 198 (actual 182), apreciado con criterio restrictivo. No se dan por supuesto en tal caso las motivaciones que informan aquellas otras disposiciones de tutela, ni se justificaría el beneficio del art. 197. Acreditado el caso excepcional, la indemnización que en tal caso correspondería al trabajador no podría ser otra que la del art. 198' (*sic*). Debe advertirse que aún durante la vigencia del art. 299 del texto originario del R.C.T., su aplicación restrictiva hacía evidentemente inaplicable, para el caso de despido de un trabajador varón, la presunción contenida en el antiguo art. 197 y actual 181 del mismo régimen legal —como expresamente lo dice la exposición de motivos transcripta— pues precisamente al ser restrictivas la aplicación nada podría presumirse, sino que, por el contrario, debía ser claramente invocada y probada la vinculación entre el despido y el hecho del matrimonio. La reforma del R.C.T. del año mil novecientos setenta y seis derogó el referido art. 299, quedando con ello eliminada aquella posibilidad de aplicación de las disposiciones de los arts. 181 y 182 del R.C.T. referidas al despido por causa el matrimonio, al trabajador varón; pues se eliminó del sistema legal lo que estaba admitido sólo con carácter restrictivo, con lo que no resulta posible aplicar la tutela en cuestión para relaciones laborales habidas con un trabajador varón, en ningún caso. Lo dicho resulta suficiente para rechazar la demanda por los motivos dados. Pero aún en la hipótesis de que este criterio no fuese compartido, el resultado de la cuestión se mantendría como adverso a la pretensión del actor, ya que resulta evidente que la protección brindada por la ley para el caso del despido vinculado al hecho del matrimonio tiene como fin evitar tratamientos discriminatorios, que pudieran surgir precisamente por el hecho de que la persona trabajadora hubiese contraído matrimonio, lo que ni siquiera ha sido invocado por el actor en su demanda, en la que escuetamente se limita a decir que fue despedido luego de gozar de la licencia por matrimonio, sin justificación legal, por lo que reclama el pago de la indemnización especial [...]”⁹. [Autos “Cucci, Luis c/ Elta Transportes S.R.L. - demanda”, Cám. Trab. Cba., Sala VI (Unipersonal), Sentencia del 20/09/1999.].

En sentido favorable a tal posibilidad normativa, el suscripto ha señalado:

“El bien tutelado en el Título VII de la LCT es tanto la mujer como la familia, que se consolida y tiene su origen en el matrimonio, instituto este último también protegido tanto respecto a la mujer como al hombre” (SCJBA, sentencia de fecha 17-8-1993, autos: “Carrasco, Stella

⁹ Autos “Cucci, Luis c/ Elta Transportes S.R.L. - demanda”, Cám. Trab. Cba., Sala VI (Unipersonal), Sentencia del 20/09/1999.

M. c/ Refinerías de Maíz S.A.", DJBA 145-587. En igual sentido, sentencia de fecha 23-12-1991, autos: "Goñi Campagiorni, Javier c/ Motores Werkspoor", L.L. 1992-B-426).- De igual modo en el contexto internacional el Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidad familiares en su art. 8 estipula que: "La responsabilidad familiar no debe constituir por sí una causa justificada para poner fin a la relación laboral".- Por todos estos elementos, porque como sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Alvarez" no resulta posible que el derecho laboral se constituya en un santuario de impunidad para conductas reñidas con la dignidad humana, descalificadas en el contexto de las naciones civilizadas y teniendo presente que nuestro país se ha comprometido a garantizar la igualdad real de oportunidad y la eliminación de toda forma de discriminación en el empleo, objetivo además que constituye uno de los principios fundamentales de la OIT, que todo país por ser miembro de dicho organismo está obligado a cumplir y preservar, es que admito lo peticionado, haciendo lugar al reclamo patrimonial incoado por la cuantía que surge de la planilla de autos, que no ha sido objeto de cuestionamiento, ni aparece como contraria a la realidad del contrato laboral del Sr. Villalba¹⁰

IV – La ley de matrimonio igualitario

La ley 26.618¹¹ en su art. 2 al sustituir el art. 172 del Código Civil consagra tal posibilidad al señalar: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

El impacto de dicha disposición del Derecho Civil debe ser considerado conforme su cláusula complementaria cuando la misma estipula:

Art. 42 - Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

¹⁰ Autos: "Villalba Gonzalo Emanuel C/ GARBARINO SAICI – Ordinario - Despido" Expte. 163664/37 – Cám. Trab. Cba. Sala X (Unipersonal Dr. Carlos A. Toselli), Sentencia del 25-4-2012

¹¹ Sancionada el 15 de julio de 2.010, promulgada el 21-7-2010 y publicada en el BON el día 22-7-2010

En función de dicha norma existen numerosas disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo que tendrían que haber sido ajustadas en su texto y que no ha sido hecho, siendo fundamentalmente las más importantes aquellas que hacen referencia a las cargas de familia para conceder derechos como son los arts. 208, 221 y 247 de la LCT o el 164 en lo que respecta al período vacacional.-

De igual manera un aspecto que ha quedado notoriamente desfasado es el supuesto de los beneficiarios del art. 248 de la LCT es decir en aquellos casos del fallecimiento del trabajador que el texto actual sólo contempla la posibilidad de percepción de la indemnización allí pautada para la mujer y nada específica respecto de casos abarcados por esta nueva normativa¹²

V. El Fallo en Análisis:

El fallo de la Sala Sexta de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió en apelación, la confirmación de la Sentencia de Primera Instancia que había considerado discriminatorio el despido de una pareja de trabajadores varones que habían contraído matrimonio el día 14 de marzo de 2.008, elevando la condena, incluyendo en la misma al daño moral que no había sido admitido por el Juzgado de origen.-

Para así decidir el voto del Dr. Juan Carlos Fernández Madrid luego de realizar un exhaustivo racconto de las normas internacionales que cuestionan a la discriminación y obligan a los Estados a no tolerarla ni permitirla, señala en lo que interesa a esta nota que “el matrimonio entre personas del mismo sexo, pese a estar regulado legalmente, todavía no cuenta con la aceptación unánime de la sociedad y la resistencia que se advierte en algunos sectores puede ser causa de discriminación y hostigamiento, por lo cual basta una prueba indiciaria de la existencia de la discriminación para así declararla”

Al respecto el fallo toma el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas vinculadas con nacionalidad o con ciertas causales de salud protegidas, en cuanto a las “categorías sospechosas” en las que se fundan ciertas cuestiones extintorias y en materia de cargas probatorias se enrola en la posición sustentada en la causa “Pellicori¹³” de que justamente la prueba de la discriminación es una de las más complejas y difíciles a la hora de su demostración, razón por lo cual los Tribunales deben jugar un rol positivo para facilitar su producción, ya que de lo contrario se produciría el efecto no deseado, de desalentar la denuncia y promoción de acciones judiciales, aspecto que por el contrario debe ser alentado para avanzar en la erradicación de esa conducta nociva.-

¹² Ver al respecto TOSELLI CARLOS A.: “El art. 248 de la LCT y su compleja interpretación y aplicación” en Magistrados y Funcionarios, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Nro. 02, 2012, p. 120/130

¹³ C.S.J.N., autos: “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo” sentencia de fecha 15 de noviembre de 2.011.

En el análisis probatorio se da cuenta de claros casos de conducta de "mobbing" por parte del empleador para lograr el alejamiento de los trabajadores discriminados y así se señala que se les comenzó a hacer la vida imposible, que fueron trasladados a un galpón, no funcionaba su computadora, después le sacaron la computadora sin avisarle, primero no tenía máquina y luego no tenía escritorio... Que las dos personas eran muy alegres y a las dos las convirtieron en personas enfermas. Que Ariel comenzó con problemas de presión alta, tratamiento psiquiátrico, ataques de pánico y comenzó a faltar. Marcos por su parte no dormía, tenía problemas para dormir permanentemente y eso le dejaba en estado excitado, todo el tiempo estaba ojoso. A medida que esto pasaba los compañeros los iban aislando (supuesto de side mobbers) y hablaban de ellos como los "locos" porque así parecían. Marcos bajó mucho de peso y Ariel tartamudeaba.-

Como se advierte del relato testimonial, generalmente las formas de la violencia laboral van unidas, ya que a una clara conducta discriminatoria por su condición sexual y matrimonial de pareja se le une una conducta activa de personal directivo de la accionada tendiente a lograr el desplazamiento de los mismos por vía de la renuncia ("mobbing") con la complacencia o por lo menos indiferencia del resto de los compañeros (los side mobbers) que contribuyen a consolidar la situación de afectación de la situación laboral y del estado emocional de los demandantes.-

En cuanto a la posibilidad de adicionar a la tarifa legal el daño moral, ello no solo tiene que ver con lo ya referido respecto de la aplicación transversal de la ley 23.592 a todo el ordenamiento jurídico argentino, sino que además dicho daño viene a compensar el daño no contractual derivado de la conducta castigada. En ese sentido se ha señalado: "A contrario de lo sostenido por la a quo a fs. 578 (tercer párrafo) considero — tal como ya lo hiciera en pretéritos votos ("Flores c. Rowing SA s/despido" SD 81698 del 18/05/04 y "Rodríguez c. Juncal SA" SD 83002 del 19/9/05)— que no existe obstáculo para que en una demanda por despido se pueda incluir una pretensión tendiente a obtener una reparación autónoma por daño moral, en la medida que se llegue a demostrar que la otrora principal tenía conocimiento que el trabajador despedido fuera portador de HIV y que por tal motivo no hubiera actuado aquélla como un buen empleador; (arts. 62 y 63, LCT) al discriminarlo con el recurso de despedirlo, pues en tal caso se trataría de un accionar que no sólo afectaría la dignidad humana (art. 2º, ley 23.789), sino también constituiría un acto discriminatorio tipificado en la Ley 23.592 al violentar los arts. 43 y 75 inc, 19 y 22 de la C.N. y el art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y demás Tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna"¹⁴

Un aspecto novedoso de la Sentencia lo constituyó en el voto adherente del Dr. Luis Raffaghelli, el hecho de señalar que el Estado argentino se

¹⁴ Autos: "M., M. A. c. Cinemark Argentina S.A.", C.N.A.T., Sala I, Sentencia de fecha 28-12-2006.-

encuentra en mora con el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a proporcionar información detallada sobre la aplicación por el Poder Judicial de los derechos provistos en el Pacto, señalando al Estado Nacional la atención sobre la Observación General Nro. 9 de 1.998 en cuanto a la aplicación del pacto a nivel nacional, por lo cual en la parte resolutive de la Sentencia se dispone la remisión de copia de la misma al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al Ministerio de Relaciones Exteriores para que sea incluido en el próximo informe al Consejo Económico Social de las Naciones Unidas.-

VI. - A modo de conclusión

Conforme puntualiza Gil Domínguez en un agudo análisis: "El derecho a la no discriminación configura una evolución normativa y simbólica del principio de igualdad. Normativa en la medida que se positiviza en Constituciones e Instrumentos Internacionales adquiriendo el status de derecho fundamental y derecho humano con un contenido constitucional protegido determinado por la interdicción de ciertos criterios, clasificaciones o categorías. Simbólica, por cuanto permite la construcción de una subjetividad ante la Ley a partir del resguardo de ciertas particularidades que originarias o adquiridas permiten a las personas ser ellas mismas ante los Otros y ante la Ley (justamente lo que persigue la discriminación es implantar en la subjetividad del apartado "una conciencia" de aceptación del padecimiento que sufre como una consecuencia natural de su ser o de su elección) y evita la soledad o vacío existencial (individual o grupal) de la persona transformada en tabú que ante la discriminación encuentra el acompañamiento de la Ley. Es que, justamente, la discriminación persigue el quiebre de la subjetividad de las personas, para que éstas "crean" que lo que les sucede acaece por exclusivamente por su "culpa", conforme a la cual deben sufrir una suerte de "castigo restaurador".-¹⁵

Es por ello que sostenemos a modo de conclusión:

a) La conducta discriminatoria es una práctica abusiva que no puede ser tolerada no sólo porque así lo imponen las normas internacionales a las cuales nuestro país ha adherido e incorporado como derecho positivo como parte integrante de su Carta Magna, sino porque tal actitud afecta y afrenta a la dignidad humana de la víctima y desvaloriza a la sociedad que habilita tal tratamiento.-

b) La discriminación por causa de preferencia sexual o matrimonio igualitario parte de prejuicios sociales y culturales que aún hoy, como señala el Dr. Fernández Madrid, todavía no se han incorporado en la conciencia nacional.

¹⁵ GIL DOMINGUEZ, Andrés: "Derecho a la no discriminación y control de constitucionalidad", publicado en La Ley 06-05-2009.-

c) Desde ese punto de vista se impone la aplicación de la ley 23.592, como norma transversal a todo el ordenamiento jurídico nacional, con impacto sobre todo el derecho positivo y la adopción del criterio sentado por la Corte Nacional en la causa "Pellicori" respecto del modo de distribución de las cargas probatorias.-

d) El proceso iniciado en su recorrido no es fácil, ni seguramente lo será, ya que es probable que deban transcurrir muchos años antes que la opción sexual y de vida familiar sea incorporada sin prejuicios ni tabúes como los que motivan el presente fallo en análisis. Es de esperar que el crecimiento como sociedad haga que, más temprano que tarde, la tolerancia y la consideración hacia nuevas formas de vida de pareja y de uniones de familia se instale como un camino hacia el que transita de manera inexorable el Siglo XXI, al menos en el contexto de lo que denominamos "relaciones civilizadas" al decir de Supiot.