

“IMPLICANCIAS PRÁCTICAS EN EL ÁMBITO LABORAL DE LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO”¹

Viviana Mariel Dobarro²

1. INTRODUCCIÓN.

La discriminación constituye un flagelo que puede afectar a la persona humana en cualquiera de los ámbitos en que se desempeñe y trae aparejadas numerosas y dolorosas consecuencias personales, económicas, sociales y morales³.

La identidad de género, al igual que sucede con el derecho a la identidad en toda su amplitud y sus más variadas manifestaciones, también proyecta sus efectos sobre la vida toda de una persona. En tanto que, como derecho fundamental que es, con anclaje en las más íntimas elecciones de una persona, no puede significar ser sujeto pasivo de un acto o práctica discriminatoria.

En anteriores oportunidades nos hemos referido a la diversidad sexual y la discriminación en el ámbito laboral y a la recientemente sancionada ley de identidad de género (Ley Nro. 26.743)⁴.

El corte o finalidad protectoria que desde sus orígenes ha inspirado y caracterizado al derecho del trabajo, lo ha convertido en un derecho unidireccionalmente tuitivo, con una única y exclusiva meta: la tutela de la persona que trabaja. Objetivo que mantiene plena vigencia, ya que sigue siendo un requisito ineludible para el mantenimiento de la paz social la corrección -a través de normas de mínima- del desigual poder de negociación de los sujetos de la

¹ Publicado en Compendio Jurídico Doctrina-Jurisprudencia-Legislación, Ed. Errepar, Erreius, Nro. 67, Octubre de 2012, pàg. 153 y sigs.

² Abogada. Especialista en Derecho Laboral, Facultad de Derecho, Depto. de Posgrado, U.B.A. Especialista en Administración de Justicia, Facultad de Derecho y FUNDEJUS, U.B.A. Prosecretaria Letrada de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Ex Secretaria del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo Nro. 4. Replicadora de los talleres para incorporar la perspectiva de género en la Justicia y de los talleres sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual, entrenada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Sistema de Naciones Unidas en Argentina. Adjunta Regular en la Carrera de Relaciones del Trabajo Facultad de Ciencias Sociales, U.B.A. en las materias Derecho del Trabajo I y Derecho del Trabajo II. Secretaria e integrante del plantel permanente de docentes de la Fundación Altos Estudios Sociales, FAES, desde el año 2010 a la fecha. Integrante del plantel permanente de docentes de la Fundación Ciencias Sociales y Jurídicas, CIJUSO, desde 2003 a la fecha. Ex Coordinadora de la Carrera de Especialización en Derecho Laboral, Facultad de Derecho, Depto. de Posgrado, UBA, con participación como docente en numerosos cursos. Ponente oficial, expositora y/o coordinadora en Congresos y Jornadas sobre la especialidad. Colaboradora permanente en la revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar. Autora de numerosas publicaciones referidas a la materia.

³ DOBARRO, Viviana Mariel, Daños en el contrato de trabajo. La violencia contra la mujer en el ámbito laboral. Un flagelo que ocasiona daños múltiples y de diversa índole. El nuevo régimen legal argentino, en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo Perrot, Nro. 4, febrero de 2010, pág. 308 a 323.

⁴ DOBARRO, Viviana Mariel, Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral, *La Ley*, 21 de octubre de 2009, pags. 1 y sigs. DOBARRO, Viviana Mariel, La ley de identidad de género y sus implicancias en el ámbito laboral, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, agosto de 2012, pág. 140 y sigs.

relación de trabajo. Finalidad que se ha plasmado también, con suma claridad, en el recuperado art. 17 Bis L.C.T.⁵.

Tanto la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶, como las últimas reformas legislativas, ponen de resalto que esta finalidad tuitiva –que fundamenta el principio protectorio y sus derivaciones- mantiene plena vigencia como horizonte de protección durante el siglo XXI.

Ahora bien, no obstante ello, el análisis doctrinario de la prohibición de incurrir en actos o conductas discriminatorias en la vida laboral, así como los alcances del derecho a la intimidad de la persona que trabaja, constituyen temáticas que recién en las últimas décadas han sido abordadas con cierta sistematización y han adquirido importancia para los estudiosos del derecho del trabajo del siglo XXI y así lo está recogiendo también la jurisprudencia argentina⁷.

Finalmente, no se puede soslayar que nuestra materia ha sido pionera en el reconocimiento de efectos jurídicos en el ámbito laboral y previsional a las uniones de hecho entre personas de diferente o del mismo sexo, lo que no puede ser sino reconocido como un paso significativo en la lucha por igualdad efectiva de oportunidades para todas y todos y en la batalla por el pleno respeto y la no ingerencia en las elecciones personalísimas, sean las vinculadas con el derecho a la identidad, sea aquellas que se refieren a la elección de pareja y de estilo de organización familiar.

⁵ DOBARRO, Viviana Mariel, La ley 26.592 y el art. 17bis L.C.T.: un retorno a los principios generales del derecho del trabajo, Suplemento Especial sobre “Recientes modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo y al régimen de jornada para directores y gerentes”, El Dial.com, Biblioteca Jurídica On Line, Editorial Albremática, 23 de agosto de 2010.

⁶ A guisa de ejemplo pueden citarse los casos: C.S.J.N., “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido”, 14/9/04; C.S.J.N., “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/9/04; entre otros, que además del inmenso valor de las pautas allí sentadas, constituyen el puntapié inicial de un valioso cambio de la jurisprudencia del más alto tribunal que también da cuenta de un retorno a los postulados fundantes del Derecho del Trabajo.

⁷ Al respecto, se puede consultar el análisis que de la mencionada evolución jurisprudencial hemos hecho, aunque con la salvedad de que por obvias razones temporales no se recogen los cambios operados a partir de los pronunciamientos de la C.S.J.N. en los casos “Álvarez” y “Pellicori” en: DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección de personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado”, Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 270, febrero de 2008, págs. 108 a 138 y en “La nulidad de los despidos discriminatorios en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 272, abril de 2008, pág. 366 y sigs. También corresponde remarcar la importancia que en la materia tienen lo decidido por la C.S.J.N. en “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7/12/10 y “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/11.

Estas notas tienen como objetivo dilucidar en qué medida la reciente sanción de la ley 26.473 proyecta sus efectos en el ámbito laboral.

2. DISCRIMINACIÓN, PREJUICIOS Y MINORÍAS.

Sin perjuicio de las diferentes acepciones que tiene el vocablo discriminación, en la actualidad la palabra posee una carga emotiva que nos remite a prácticas repudiables. Sentado ello, sostenemos⁸ que se refiere al trato diferente, y peyorativo, que se le da a determinada persona o grupo fundado en circunstancias o razones de tipo subjetivas, vinculadas con las características que se le atribuyen a los integrantes de un grupo en particular (ya sea que pertenezca a él por su origen o como consecuencia de opciones personales).

En toda conducta discriminatoria se encuentra implícito un prejuicio segregacionista; quien discrimina considera al otro inferior en virtud de su pertenencia a una específica categoría o por tener ciertos caracteres⁹ y proyecta una mirada desvalorizante sobre tales sujetos.

Los prejuicios¹⁰ –usualmente- surgen a partir del desconocimiento o la ignorancia respecto del “otro”, lo que lleva a que se le adjudiquen determinados rasgos “distintivos”, exagerados o erróneos que, al generalizarse, contribuyen a la conformación de estereotipos y suelen originar la segregación de aquel que se presupone tiene las mentadas costumbres o rasgos distintivos.

Párrafo aparte merece el uso del lenguaje y los innumerables estereotipos que a través de él se reproducen socialmente, especialmente por la importancia de la lengua hablada en las relaciones interpersonales, de poder y en la reproducción de patrones culturales que se transmiten de padres a hijos; fenómeno que adquiere

⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, “La no discriminación y la igualdad de trato en el empleo, Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 135, noviembre de 1996, págs. 951

⁹ KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, pág. 287, SABA, Roberto P., Discriminación, trato igual e inclusión, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales*, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1997, p. 561. DOBARRO, Viviana Mariel, “Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo”, *Errepar, Doctrina Laboral*, Nro. 216, p. 734.

¹⁰ KIPER, Claudio M., op. cit., págs. 46 y 47.

gran notoriedad en la discriminación por razón de género o por orientación sexual¹¹.

Estrechamente vinculado al derecho a la no discriminación encontramos el derecho a "ser diferente"¹², a elegir el propio destino, a desarrollar un proyecto de vida personal y a no ser tratado perjudicialmente por dicha circunstancia, lo que además se vincula con el reconocimiento del derecho a la identidad¹³.

Evidentemente, hay tanto de cultural en el trato discriminatorio, están tan internalizados en la sociedad algunos prejuicios o estereotipos, que resultan muy difíciles de remover o abrogar y es por ello que los avances en la materia suelen ser muy lentos.

Tradicionalmente, al hablar de "discriminación" se apuntaba a la situación de las minorías raciales, religiosas, ideológicas o a las diferencias de sexo¹⁴.

Las nuevas formas de relacionarse socialmente han dado lugar a situaciones que antaño eran desconocidas, que debemos afrontar como probables generadoras de nuevas minorías y darles tratamiento y estudio específico, con el objeto de buscarles las respuestas más adecuadas. Tal el caso de quienes ya sufren, o serán objeto en el futuro, de discriminación por motivos que, dependiendo del ámbito social del que se trate, podrían fundarse en sus caracteres físicos¹⁵, en sus conductas sexuales¹⁶, en el padecimiento de ciertas enfermedades o adicciones¹⁷, en la edad¹⁸ o por encontrarse en una determinada situación económica o social¹⁹.

¹¹ Lo que ha sido profundamente abordado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por ejemplo su Preámbulo estipula que: "Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y la familia" y, en especial, el art. 5 en cuanto prevé que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...".

¹² KIPER, Claudio M., op. cit., págs. 133 y 134.

¹³ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, pág. 280.

¹⁴ Y a ellas estaba dirigida la protección, Esos eran los factores que podían originar discriminación en términos de las primeras disposiciones en la materia

¹⁵ Piénsese en la importancia que ha adquirido el aspecto o "imagen" externa en las últimas décadas. Por ejemplo, la problemática derivada de lo que a través de la publicidad y la indumentaria de "moda" aparecen como el peso y talla "ideal", que –en general– poco se ajusta al promedio de la población, cuestiones que en nuestro país han alcanzado ribetes extraordinarios.

¹⁶ Por ejemplo, los alcanzados por la denominación GLT (gays, lesbianas y trans) o GLTTTBI (gay, lesbiana, transexual, travesti, transgénero, bisexual, intersexual).

¹⁷ Tal el caso del Sida, diabetes, epilepsia, la reaparecida tuberculosis, la drogadicción, el alcoholismo o el tabaquismo, entre otras.

3. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A LA INTIMIDAD: TITULARIDAD Y TUTELA.

La dignidad no se encuentra mencionada, ni como derecho ni como principio en el texto histórico de nuestra constitución, pero nadie duda que está incluida dentro de las previsiones del art. 33 C.N. No obstante ello, y con específica referencia al ámbito laboral, cabe remarcar que el art. 14 bis C.N. alude a las “condiciones dignas y equitativas de labor” y pone de resalto la importancia que la dignidad de la persona que trabaja tiene para nuestra materia. El derecho del trabajo nació estrechamente vinculado a la necesidad de revalorizar a la persona que trabaja y reconocer especialmente su dignidad.

En tanto que todo el derecho internacional de los derechos humanos se estructura en torno a la tutela y pleno respeto de la dignidad humana²⁰ y de allí se deriva el postulado “... todos las personas somos iguales en dignidad y derechos ...”.

¹⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación por razón de edad”, Nota a fallo “Méndez, Raúl E. c/ Aerolíneas Argentinas S.A.”, publicado en Lexis Nexis, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Nro. 12, junio de 2008, págs. 1066 a 1072 y en www.novatesis.com.ar, Revista de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo, Nro. 8, año 2008.

¹⁹ Este supuesto comprende, por ejemplo, a los chicos de la calle, los menores que trabajan, los ancianos, los desempleados, las familias cuyos ingresos están por debajo del nivel de pobreza, los analfabetos o semianalfabetos, los inmigrantes, los trabajadores migrantes, etc.

²⁰ Ejemplo de ello es el documento elaborado en la *IX Conferencia Internacional Americana* (Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948), por la que se acordó adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la que se sostuvo que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad. Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”. Asimismo en la mencionada *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, el Preámbulo contempla que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. En similar sentido, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su Preámbulo expresa que “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres...”. Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su pertinente Preámbulo, establece que “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...”. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Preámbulo, prevé que “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables...”. Finalmente, y sólo haciendo una enumeración ejemplificativa, recordamos que la *Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* estipula que “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en

Debemos destacar que en el ámbito del derecho internacional -y especialmente desde los organismos internacionales- se ha sostenido, ya a partir de sus primeros instrumentos, una política clara, concreta y continuada en procura de la defensa y aseguramiento del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos fundamentales de la persona humana, por todos y sin distinción alguna.

Dicha política se ha ido construyendo y desarrollando como respuesta, o al influjo, de distintos fenómenos políticos y sociales (guerras mundiales, gobiernos totalitarios o autoritarios, nazismo, apartheid, etc.). Al punto que hoy resulta indiscutible la íntima conexión existente entre la no discriminación, la igualdad de trato y los derechos inalienables de la persona humana, con fundamento en su dignidad y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos; lo que se ha plasmado en el texto de numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales²¹.

De allí que al hablar de “derechos humanos” se aluda a los propios de cualquier ser humano, por el sólo hecho de ser tal y en cualquier sociedad de que se trate, de lo que se desprende la universalidad de la noción y su titularidad acotada a la persona física, sin distinción alguna.

Señala Gialdino²² que “...La grandeza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más allá de las limitaciones de algunos de sus instrumentos, radica en haber puesto como eje de todo sistema de derechos, libertades y garantías a la dignidad del hombre, o, si se quiere, al hombre según su naturaleza propia, según la esencia que le es propia. La dignidad, por ende, no es predicable del modo en que lo

dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo, ... Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana...”.

²¹ Al respecto se puede consultar el relato que efectúa PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 1997, págs. 1a 31. También a TRAVIESO, Juan Antonio, en *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, Editorial Universitaria de Bs. As., Eudeba, Bs. As. 1996, págs. 13 a 22. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., en *Los Derechos Humanos y las Garantías*, Ed. Zavalía S.A., Bs. As., 1988, en las págs. 21 a 28 hace una pormenorizada descripción de la evolución histórica que se ha experimentado en materia de derechos humanos. En tanto que con especial referencia a la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito laboral, puede consultarse a VON POTOBOSKY, Gerardo W.-BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., en la obra *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, págs. 3 a 9.

²² GIALDINO, Rolando E., “Los derechos sociales y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 182, octubre de 2000, pág. 857.

es el merecimiento por una obra o conducta particular, como si fuera algo que deba ser alcanzado o justificado por una persona. No es un obsequio o recompensa. Para ser digno, le basta al hombre con su sola hominidad. No es el homo faber, el homo economicus u otra especie inhallable lo que ha ocupado la plaza central del sistema jurídico, sino el hombre pleno, en toda su extensión y hondura”.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad²³.

También cabe mencionar que en los orígenes de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra presente la lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona que trabaja; meta que se fue plasmando -con diferentes alcances- en los más importantes documentos fundantes²⁴ y en la restante normativa de la organización y que sigue plenamente vigente hasta nuestros días.

De la dignidad humana se desprende la titularidad de los derechos fundamentales. Sostiene Bidart Campos²⁵ que “... la constitución en su parte dogmática propone asegurar y proteger los derechos individuales, merece la denominación de derecho

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

²⁴ Así, el texto de la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo* (1919) resalta la importancia de la Justicia Social para el mantenimiento de la paz universal, para ello adquiere trascendencia: a) Mejorar condiciones de trabajo; b) Limitación de las horas de trabajo (jornada diaria y semanal); c) Contratación de mano de obra y lucha contra el desempleo; d) Garantía de un salario vital adecuado; e) Protección del trabajador contra las enfermedades sean o no profesionales y contra los accidentes de trabajo; f) Protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres; g) Pensiones de vejez y de invalidez; h) Protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero; i) Reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor; j) Reconocimiento del principio de libertad sindical; k) Organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; l) Importancia de un trabajo realmente humano a nivel mundial. Por su parte, la *Declaración de Filadelfia* de 1944, reafirmó los principios fundamentales sobre los que se basa la Organización: El trabajo no es una mercancía; La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; La lucha contra la necesidad debe ser incesante en cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el que los representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los gobiernos participen en un pie de igualdad, mediante discusiones libres y democráticas, a fin de promover el bienestar común. Finalmente, la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales* (junio de 1998), estipula el compromiso de los Estados de respetar, promover y hacer realidad, independientemente de la ratificación de los Convenios pertinentes, los siguientes principios: La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; La libertad sindical; La eliminación del trabajo forzoso; La eliminación del trabajo infantil

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., op.cít. pág. 45.

constitucional de la libertad. Tan importante resulta la postura que el estado adopta acerca de la libertad, que la democracia, o forma de estado democrática, consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento de esa libertad ...”.

Es en tal conceptualización de la libertad que adquiere gran trascendencia el derecho a la intimidad. Ámbito en el que las manifestaciones de la libertad que resulten inofensivas o neutras para los terceros –entre ellas y en lo que hoy nos convoca las vinculadas con la orientación sexual- quedan exentas de todo control o interferencia por parte del Estado.

Preceptúa el art. 19 de la C.N. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esta norma central para nuestro sistema, contiene varios principios, el derecho a la intimidad, el *alterum non laedere* y el principio de legalidad.

La trascendencia de la primera parte de la norma es tal que sólo con ella es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos²⁶.

Dos facetas cruciales para la persona humana quedan comprendidas por el derecho a la intimidad, una que podríamos denominar “estática” y que se refiere al nombre, la nacionalidad, la filiación, entre otros, y la “dinámica” que tiene que ver con las opciones que la persona humana formula en pos de desarrollar su proyecto personal de vida, la faceta que se proyecta al exterior y que puede vincularse con un vida social, tal el caso de la orientación sexual, las cuestiones de índole ideológicas y de militancia social, política, sindical, la expresión de las ideas propias, la imagen que socialmente se proyecta, entre otras cuestiones.

²⁶ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*, Tomo I, 4ta. Edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Bs. As., 2008, pág. 328.

En lo que hoy nos convoca cabe remarcar que el derecho a la intimidad como derecho a que se respete la verdad personal que cada uno proyecta socialmente, implica que los terceros no la alteren ni tergiversen, pero a la vez que el propio sujeto tenga disponibilidad – como parte de su intimidad y de su autonomía- de reservarse aspectos de su identidad que no quiere hacer públicos –por ej. su identidad sexual como homosexual-. Si alguien le adjudica públicamente esa condición –que es real pero él se niega a trasladar desde su identidad a su imagen social- el derecho a la intimidad y a la identidad secreta o reservada queda violado²⁷.

El art. 19 C.N. referido al derecho a la intimidad, según Bidart Campos²⁸, traza una línea divisoria: a) cuando una conducta no daña directamente de ningún modo al orden, a la moral pública, o a terceros, pertenece a la privacidad personal y se retrae a toda injerencia ajena; b) cuando causa aquel daño, ya no es acción privada y queda sometida a la jurisdicción estatal. Vale decir, la misma norma que guarece la intimidad, prevé el resarcimiento del daño causado a terceros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros casos, en “Gunther, Fernando R. c/ Estado Nacional” (5/8/86) y “Santa Coloma, Luis I. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos” (5/8/86), sostuvo que el art. 19 C.N. confiere arraigo constitucional al principio que prohíbe causar perjuicio a los derechos de terceros y que el principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

También sostuvo el alto tribunal²⁹ que la protección de un valor rector como la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit. pág. 65.

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., pág. 53.

conducir a la realización personal, posibilidad que es requisito de una sociedad sana. La protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno

Por otra parte, el art. V Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 11 y 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño – entre otras disposiciones- tutelan el derecho a la intimidad, disponen que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques, así como el derecho de los niños a que el estado respete y preserve su identidad.

Agréguese que el art. 1071 bis del Código Civil también resguarda el derecho a la intimidad y sanciona la intromisión que cualquier tercero -incluido el/la empleador/a- hiciera.

En el ámbito internacional, en el caso de la Jueza Chilena a la que la justicia de su país le quitó la tenencia de sus hijas menores de edad por razones que estaban estrictamente vinculadas con su orientación y con los estereotipos imperantes en la materia, recientemente resolvió la Corte Interamericana de Justicia, en la sentencia dictada el 24 de febrero de 2012 sostuvo que: “...El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, el Tribunal ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su

²⁹ C.S.J.N., “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”,

contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás...”.

En definitiva, el derecho a la intimidad, ese ámbito de reserva expresamente reconocido y tutelado por la Constitución Nacional está resguardado de cualquier control en tanto y en cuanto no cause perjuicio a terceros, ya que si ello sucede adquiere prevalencia el *alterum non laedere* y el deber de reparar.

4. LA NO DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO DEL TRABAJO³⁰.

La no discriminación es una de las reglas derivadas del principio protectorio³¹ y tiene como contracara el derecho a la igualdad de trato en las diferentes instancias del contrato de trabajo (ingreso, egreso, pero también durante su desarrollo).

No incurre en este tipo de prácticas quien "quiere" sino que además tiene que "poder"³² hacerlo y ésta es la mayor dificultad que se nos presenta al momento de luchar contra este flagelo³³.

21/11/06, con cita del voto disidente del juez Fayt en Fallos: 314:1531.

³⁰ DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el ámbito laboral: una violación al derecho fundamental a no ser discriminado y al mandato constitucional ‘promover el desarrollo humano con justicia social’”, ponencia presentada y sobre la que diserté en el VI Congreso Regional de las Américas, organizado por ARTRA-IIRA y publicada en www.artra.com.ar, portal de la Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina, ARTRA, año 2008 y en www.novatesis.com.ar, Revista de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo, Nro. 10, año 2008.

³¹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, tomo I, Ed. La Ley, Bs. As., 2000, pág. 201 y sigs.

³² SABA, Roberto P., op. cit., págs. 561 y 562, explica que la noción 'trato discriminatorio' está estrechamente relacionada con el punto de vista de la mayoría o la cultura dominante y sostiene que "...El derecho de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley se asocia usualmente con la prohibición de llevar a cabo prácticas discriminatorias. Sin embargo, la obligación de respetar y hacer respetar los derechos sin discriminación alguna que prescribe la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, las normas constitucionales nacionales y las leyes antidiscriminatorias (cuando las hubiere) no parecen ser suficiente para responder al problema de definir lo que ese trato no discriminatorio significa cuando debe ser traducido a políticas concretas. La discusión acerca de qué es lo que en verdad constituye trato discriminatorio y la consiguiente obligación del Estado de asegurar las condiciones que lo eviten, no puede limitarse a argumentos vinculados al ejercicio de derechos. Este tipo de respuestas no resultan suficientemente receptivas del verdadero problema que subyace al del trato discriminatorio y que es el de la exclusión de aquellos que resultan ser diferentes desde el punto de vista de la mayoría o cultura dominante. Un argumento fundado solamente en la posibilidad de goce igual de los derechos individuales no logra dar respuesta al objetivo central de las cláusulas antidiscriminatorias, que consiste en la necesidad de inclusión de las minorías en el funcionamiento de un sistema democrático...".

³³ En la Resolución Nro. 5/2007 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, por la cual se dispuso la creación de la oficina de asesoramiento sobre violencia laboral y las funciones a su cargo, en los

Habitualmente el sujeto activo de estas conductas abusa de su situación de superioridad y del "estado de necesidad", "hiposuficiencia" o "dependencia" del otro contratante.

Los actos o conductas discriminatorias traen siempre aparejadas consecuencias idénticas: el avasallamiento a la dignidad de la persona humana e innumerables daños materiales y morales.

La persona que trabaja -en general- trata de preservar su fuente de trabajo y su ingreso salarial, aún frente a las humillaciones, agravios y avasallamientos de la más variada índole (violación al derecho fundamental a no ser discriminado y/o afectación de su dignidad humana), lo que potencia notoriamente las consecuencias derivadas de tan repudiables actos por el abuso de la posición dominante.

También se incrementan los efectos cuando quien sufre este tipo de prácticas pertenece a dos categorías vulnerables, es decir, se ve expuesto/a a discriminaciones múltiples³⁴. Por ejemplo, si quien sufre alguna forma de violencia es mujer y además con responsabilidades familiares a su cargo, o es pobre³⁵; o tiene una orientación sexual que no responde a los parámetros "socialmente aceptados" y es pobre, o de una raza o nacionalidad diferente a la de la "mayoría", sin duda alguna tendrá menos posibilidades -en términos económicos, culturales, sociales, afectivos, entre otros- para afrontar semejante agresión y las consecuencias probablemente serán más graves.

El ordenamiento jurídico le confiere al/a empleador/a una serie de potestades o facultades, con limitaciones provenientes de la ley y que tienen en miras la persona del/a trabajador/a, a saber: deben

considerandos se calificó a la problemática que nos convoca también como un "flagelo del siglo XXI" y se explica que "... estas conductas adquieren la forma de acoso moral o psicológico que, en el mundo del trabajo, se manifiestan como abuso de poder para doblegar la voluntad del otro, mediante el empleo de la fuerza física, psicológica, económica y política. Que con ello no sólo se atenta contra la integridad del trabajador en su marco de desempeño, llegando al extremo de provocar su renuncia y/o enfermedad, sino que, obviamente, tales graves consecuencias repercuten en sus otros ámbitos de pertenencia y en su propio entorno familiar".

³⁴ La O.I.T., en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 2003, define la cuestión en los siguientes términos: "Muchas personas son víctimas de una discriminación múltiple. Los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, se encuentran entre los más pobres entre los pobres, y las mujeres de estos grupos se ven incluso más gravemente afectadas. La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan depende del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que éstas actúan entre sí. Una persona, por ejemplo, puede tener varias características que generan discriminación. Existe una tendencia a que las personas pobres, particularmente quienes sufren una pobreza crónica y quienes se encuentran en el sector de la economía informal, sean víctimas de varias formas de discriminación".

ejercerse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del/a trabajador/a (art. 65 L.C.T.), cuidando de satisfacer las exigencias de la organización empresarial y el respeto de su dignidad y de sus derechos patrimoniales y con exclusión de toda forma de abuso de derecho (art. 68 L.C.T.). Es decir, la organización empresarial no debe dirigirse o manejarse en forma arbitraria o caprichosa, sino con criterios funcionales y con una especial consideración de la persona y dignidad del/a trabajador/a.

Dignidad de la que se desprende –como ya hemos visto- la prohibición de efectuar discriminaciones fundadas en criterios arbitrarios, antojadizos o caprichosos y la obligación de dar un trato igualitario a todos/as los/as dependientes. Obligación esta última que no pretende excluir las distinciones razonables, refiriéndose a una igualdad relativa, o sea, al tratamiento igualitario en identidad de circunstancias, como reiteradamente han interpretado la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, el art. 81 L.C.T., estipula como regla general el tratamiento igualitario y admite únicamente el trato diferente que responda a motivos tales como la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas por parte del trabajador.

Por otra parte, debemos remarcar que la protección que toda la normativa analizada le brinda al trabajador, asegurándole –entre otras cosas- el derecho a trabajar en condiciones dignas y equitativas, la protección contra el despido arbitrario y la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, resultaría vulnerada si admitiéramos en nuestro sistema de relaciones laborales, la posibilidad de que el empresario extinga la relación en virtud de la pertenencia a algunos de los grupos posibles de sufrir actos discriminatorios, en el caso que hoy nos planteamos -por ejemplo- por su orientación sexual.

³⁵ DOBARRO, Viviana Mariel, La ley 26.485 y la protección integral de las mujeres. Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (Primera Parte), Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral y Previsional, Nro. 289, setiembre de 2009, págs. 955 a 981

Se debe vedar el ejercicio de su facultad de disolver el vínculo laboral cuando la medida no aparezca como funcional y encubra una decisión que abusiva y arbitrariamente se funda en razones tales como la raza, edad, sexo, religión, condición social, opiniones políticas o gremiales, caracteres físicos, orientación sexual, etc. Todo ello en consonancia con lo dispuesto por la normativa constitucional³⁶, internacional³⁷ e interna³⁸ aplicable al caso y con lo estipulado por los arts. 954 y 1071 C.C.

Esta postura no significa desconocer la potestad que nuestro derecho le confiere al empresario para manejar su emprendimiento y adoptar todas aquellas decisiones que considere adecuadas en aras de su mejor desenvolvimiento, sino que le impone únicamente ciertas limitaciones en aquellos supuestos en que este derecho sea ejercido abusivamente, provocándole al/a dependiente o aspirante una humillación y afectación moral, por el avasallamiento de su dignidad que conlleva la violación del derecho a un trato igual, la que se deriva de una conducta discriminatoria fundamentada en circunstancias de índole subjetivas como las ya mencionadas. En cuyo caso se podría reclamar la reparación del perjuicio material y moral que el trato discriminatorio le ha ocasionado, así como también si fue un despido discriminatorio la reinstalación en el puesto de trabajo³⁹.

³⁶ A guisa de ejemplo, entre otros, podemos citar los arts. 14 bis, 16, 19, 43, 75 incs. 17, 19 y 23 C.N.

³⁷ Entre otras disposiciones cabe mencionar: art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente los arts. 1 y 5; y los arts. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo relativo a la normativa de la O.I.T., recordamos que se pueden citar: el párrafo II apartado a) y párrafo III apartado j) del Anexo de la Constitución de la O.I.T.; el Convenio Nro. 100 y la Recomendación Nro. 90; el Convenio y la Recomendación Nro. 111; y diversas disposiciones de los Convenios Nro. 82, 87, 97, 98, 122, 142, 143, 156, 158 y 159 y de la Recomendación Nro. 162; así como también el art. 2 de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de 1998.

³⁸ A título ejemplificativo podemos mencionar la ley 23.592, los arts. 4, 17, 62 a 69, 75, 78, 81, 172, 187, entre otros de la L.C.T.; art. 7 de la ley 23.551; Ley 25.674; Ley 26.485 y Leyes 22.431, 23.753 y 25.404 y sus modificatorias.

³⁹ Los precursores de la aplicación de la ley 23.592 y/o las disposiciones de los tratados internacionales en orden a privar de efectos a la medida rescisoria con fundamento discriminatorio (es decir la reinstalación en el puesto) y a la reparación integral de los perjuicios derivados, en nuestra doctrina nacional, han sido – principalmente y entre otros trabajos- FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, “Discriminación en los despidos”, Errepar, *Doctrina Laboral*, Nro. 216, agosto de 2003, pág. 729 y sigs., CAUBET, Amanda, “La limitación a los supuestos de despido discriminatorio en la ley 25.013”, Errepar, *Doctrina Laboral*, Nro. 159, noviembre de 1998, pág. 1030 y sigs.; CAUBET, Amanda B., “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, Errepar, *Doctrina Laboral*, Nro. 135, noviembre de 1996, pág. 941 y sigs., CORNAGLIA, Ricardo, “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación” (nota a fallo), L.L., 18/8/04; POMPA, Roberto C., “Nulidad del despido por causa de discriminación”, Errepar, *Doctrina Laboral*, Nro. 143, julio de 1997, pág. 683 y sigs.; MEIK, Moisés, Tesis doctoral presentada por el autor en la Universidad de Castilla - La Mancha, curso de post grado organizado con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.,

Esta última posibilidad, además de lo previsto por el art. 1ro. de la ley 23.592 en orden a dejar sin efecto el acto discriminatorio, encuentra su fundamento en su ilicitud, se encuentra vedado por la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 16 y 19 C.N. y diversas disposiciones de tratados internacionales con jerarquía constitucional) y por el art. 1 de la ley 23.592 y, en consecuencia, deviene nulo (de conformidad con lo dispuesto por los arts. 953 C.C y 1044 C.C.) y, además, violatorio del derecho fundamental a no ser discriminado; lo que deriva en el deber de repararlo, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 C.C.).

Pues bien, todo el marco normativo que tutela especialmente a la persona humana y también a la que trabaja⁴⁰, le aseguran –entre otras cosas- condiciones dignas y equitativas de labor, protección contra el despido arbitrario, igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación y el pleno resguardo de su integridad psicofísica y moral. Por ello, las medidas empresariales que carezcan de funcionalidad y encubran una decisión basada en razones de índole discriminatoria – en nuestra opinión- quedan alcanzadas por tal protección y, especialmente, por la ley 23.592 y los arts. 953, 954, 1044, 1071 y 1083 C.C. –entre otros- que conducen a privar de efectos a la medida y resarcir íntegramente los perjuicios ocasionados.

Esta postura que no era uniforme en doctrina y jurisprudencia y se enrola en la línea abierta por los precedentes “Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/ juicio sumarísimo”, C.N.A.T., Sala VI, Sent. Def. 56971, 10/3/04; “Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ despido”, C.N.A.T., Sala IX, Sent. Def. 12488, 31/5/05; “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ Acción de

que puede consultarse en el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Inédita; PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., “La protección de la maternidad y el período de prueba”, Errepar, *Doctrina Laboral*, Nro. 142, junio de 1997, pág. 614 y sigs.; y FERREIROS, Estela M., “La discriminación en el trabajo y el derecho a ser reparado sin darse por despedido”, Errepar, *Doctrina Laboral*, Nro. 192, agosto de 2001, pág. 679 y sigs.

⁴⁰ Al respecto, resultan significativas las afirmaciones efectuadas por la C.S.J.N., en “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido”, 14/9/04: “... Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)...”.

Amparo”, C.N.A.T., Sala V, Sent. Def. Nro. 68536, 14/6/06; “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ Juicio Sumarísimo”, C.N.A.T., Sala V, 21/12/06; “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”, C.N.A.T., Sala II, Sent. Def. Nro. 95.075, 25/6/07. “Mendez, Raúl Emilio c/ Aerolíneas Argentinas S.A.”, C.N.A.T., Sala VII, 9/8/07; “Quispe Quispe, Nectar c/ Compañía Argentina de Indumentaria S.A. s/ juicio sumarísimo”, C.N.A.T., Sala V, 20/12/07, y tantos otros dictados con posterioridad, ha sido recientemente reforzada con el pronunciamiento dictado por la C.S.J.N. en el caso “Álvarez”.

En el citado precedentemente “Alvarez”⁴¹ el alto tribunal dijo que “... la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos ... El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado ... sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis C.N. llevaría a que la ‘protección contra el despido arbitrario’ implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. ... admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por el contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”

Creemos –como hemos dicho en anteriores oportunidades- que esta es la solución que mejor se adecua a los principios tuitivos de nuestra materia, del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente de los principios de no discriminación, aplicación de la

⁴¹ C.S.J.N., 7/12/10, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”.

norma más favorable, estabilidad en el puesto, progresividad y pro hómine.

5. LA DIVERSIDAD SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL.

Nuestra sociedad históricamente legitimó una concepción de sexualidad única, normal, sana y legal que se contraponía a cualquier otra concepción de sexualidad. Esta noción niega la evidencia de la existencia de sexualidades diversas y diferentes orientaciones sexuales e identidades de género. Desde la religión y la medicina se ha intentado definir y disciplinar la sexualidad clasificándola en dos sexos. Se han establecido códigos binarios, basados supuestamente en la inapelabilidad biológica, instituyendo jerarquías y desigualdades, que han sido consagradas como legales a través de la normativa estatal, negando el derecho de identidad sexual a un número considerable de seres humanos que no pueden ni quieren ser encasillados en este orden, ya que reconocen una diversidad de diferentes orientaciones sexuales. La identidad sexual se construye a través de un complejo proceso en el que operan una multiplicidad de variables en la historia de los individuos, que no es objeto de este Plan discutirlas. Sin embargo, es preciso reconocer que existe en nuestra sociedad un espectro de diferentes expresiones de la sexualidad: gays, lesbianas, bisexuales, homosexuales, travestis, transexuales, transgénero, intersexuales, etc. En todo caso, con el objeto de evitar prescripciones taxonómicas, nos referimos a una diversidad de orientaciones e identidades sexuales⁴².

Si bien “socialmente” hoy se verifica una mayor aceptación de las manifestaciones de diversidad sexual que hace 30 años atrás⁴³, todavía queda mucho por hacer en la materia. Especialmente porque hay ámbitos en los que están muy enraizados fuertes prejuicios y

⁴² Texto extraído del Decreto 1086/2005 - "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación".

⁴³ MEDINA, Graciela, “La pareja homosexual (repetición de alimentos, daños derivados de la muerte y restitución de gastos de última enfermedad)”, JA 2001-II-1216, relata que “El cambio en todo cuanto concierne a las relaciones homosexuales es copernicano; si bien en la cultura greco romana los homosexuales tuvieron una relativa aceptación, durante siglos fueron repudiados, condenados, perseguidos, discriminados y ultimados. En los últimos veinticinco años, merced a un trabajo activo de las asociaciones que los nuclea, dejaron de ser sancionados penal y correccionalmente, cesaron de ser considerados enfermos psiquiátricos, alcanzaron un reconocimiento social e instauraron en la sociedad el derecho a no ser discriminados. Este cambio de actitud nos asombra, porque ninguna otra institución ni grupo humano ha podido en tan poco tiempo modificar su situación social, médica y jurídica. En lo social, advertimos que se ha pasado del repudio a la tolerancia, llegándose a una aceptación cada vez mayor de las parejas gay y de las uniones transexuales, quienes aparecen públicamente reclamando reconocimiento...”.

estereotipos referidos a la orientación sexual y el mundo laboral no es ajeno a ello.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁴ ha dicho que no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia. Que tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo. Resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad. Ello implicaría desconocer el principio con arreglo al cual el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es sólo un beneficio propio de los

miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22.

En tanto que la Corte Interamericana de Justicia, en el ya citado caso “Atala” sostuvo que: “... La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia... Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de su orientación sexual”.

Más allá de la íntima vinculación de la cuestión con el derecho a la intimidad y a la autodeterminación del proyecto de vida, al igual que sucede con otras problemáticas⁴⁵, las particulares características de nuestro sistema de relaciones laborales han hecho que en la cotidianeidad de la vida laboral el énfasis se ponga en los poderes

⁴⁴ C.S.J.N. “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”, 21/11/06.

empresariales, en desmedro de los derechos y libertades fundamentales de la persona que trabaja.

Ahora bien, resulta inadmisibile que la orientación sexual de quien trabaja en relación de dependencia traiga aparejada algún tipo de consecuencia en el ámbito laboral, se trata de una íntima elección que en forma alguna puede ser controlada –con los alcances y limitaciones estipulados por el art. 19 C.N.- y menos aún significar un trato menos favorable o discriminatorio, por iguales razones que las que se invocan para condenar otras situaciones de discriminación en la vida laboral fundadas en la actividad sindical, o el estado de salud, o la edad, o la ideología del/a trabajador/a.

Desde nuestra perspectiva, toda vez que a tenor del art. 16 C.N. la “idoneidad” es el único requisito para el acceso al puesto y que de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 C.N. las íntimas elecciones u opciones formuladas por la persona humana –en tanto no afecten la moral y el orden público ni causen daños a terceros- están exentas del control de los magistrados y –remarcamos- con más del/a empleador/a, cualquier interrogatorio durante la etapa de selección referida a la orientación o vida sexual del postulante estaría vulnerando su derecho a la intimidad y significaría un avance sobre datos irrelevantes a los fines del acceso al empleo, con los alcances que la jurisprudencia de la C.S.J.N.⁴⁶ ha establecido en materia de requisitos exigidos para el desempeño de diferentes profesiones, toda vez que la orientación sexual del dependiente constituye un elemento ajeno al contrato de trabajo.

Por lo demás, si se tratara de un dato omitido u ocultado por el/la dependiente en la etapa de preselección no cabría hablar de un vicio de “error” en el consentimiento otorgado por el/la empleador/a, ya que como se ha dicho “... la gente no suele manifestar en sus búsquedas de trabajo aquellos datos que son innecesarios y que, a no dudarlo,

⁴⁵ Por ejemplo, las situaciones de discriminación fundadas en otras razones, el ejercicio abusivo del ius variandi o los diferentes casos de despidos violatorios de derechos fundamentales.

⁴⁶ Al respecto se puede consultar lo que ha sostenido la C.S.J.N. en “Arenzon, Gabriel D. c/ Estado Nacional Argentino, Ministerio de Educación”, C.S.J.N., 15/5/84; “Repetto, Inés M. c/ Provincia de Buenos Aires”, C.S.J.N., 8/11/88; “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”, C.S.J.N., 24/2/98; “Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Gobierno”, C.S.J.N., 12/11/02; “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, C.S.J.N., 16/11/04; “Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, C.S.J.N., 8/8/06; entre otros.

pueden repercutir negativamente. ... mal puede exigirse a una persona que revele un dato que puede ser causa de discriminación, esto es, un dato sensible... ”⁴⁷.

En los repertorios jurisprudenciales encontramos escasos pronunciamientos respecto a discriminación por orientación sexual durante la vida laboral, no porque no existan casos sino porque la gran mayoría de ellos no llegan a la justicia, sea porque el damnificado no conoce sus derechos o sea porque el círculo perverso que generan las prácticas discriminatorias hace que –con frecuencia- quien sufre un caso de discriminación por orientación sexual, por ejemplo, se sienta avergonzado o humillado y no se “anime” a interponer reclamo alguno. Podemos citar, por ejemplo, “R.C.A., c/ AMSA S.A. s/ indemnización por fallecimiento”⁴⁸; “M., C. c/ D., A. M. y/u otro”⁴⁹; “E., S.O. c/ C. SACIFIA”⁵⁰; “M., M. J. c. Citibank N.A.”⁵¹ ; entre otros.

⁴⁷ Del voto del Dr. Kiper al que adhiera la Dra. Gatzke Reinoso de Gauna en “Sendoya, Josefina Ofelia c/ Travel Club S.A. s/ Daños y Perjuicios”, C.N.Civ. Sala H, 4/9/00.

⁴⁸ En primera instancia se reconoció el derecho a la indemnización prevista por el art. 248 L.C.T. (indemnización por muerte) al conviviente homosexual del trabajador fallecido. La Sala IV de la C.N.A.T., el 15/11/06, sostuvo que corresponde rechazar el pedido de la pareja homosexual del trabajador a fin de obtener la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo pues, si bien de “lege ferenda” debería propiciarse extender a dichas parejas los beneficios derivados de la relación de trabajo y de la seguridad social, debe aplicarse la legislación que nos rige conforme una interpretación armónica de su contenido. En tanto que la C.S.J.N., en la sentencia del 29/11/11, remitió a la doctrina del precedente “P.A. c/ Anses” del 28/6/11, y dejó sin efecto la sentencia de la Sala IV en tanto sostuvo que la indemnización prevista en el art. 248 de la L.C.T. tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador fallecido, originada por la pérdida de los ingresos con que el causante subvenía sus necesidades, situación asimilable – en este aspecto- a las prestaciones de la seguridad social que fueron objeto de tratamiento en el caso citado.

⁴⁹ Del Juzgado de 1ª. Instancia de Distrito en lo Laboral de 5a Nominación de Rosario, 22/6/07, en el que una persona que se desempeñaba en una peluquería promovió demanda por cobro de diversos rubros laborales. Afirmó haber sido discriminado por su condición de “travesti”, pese a que siempre concurrió a trabajar vestido de varón y que el empleador le manifestó que sería despedido porque su persona resultaba antiestética. El empleador contestó la demanda afirmando que el actor tuvo conductas antisociales e inconducta laboral. El juez de primera instancia admitió el reclamo y fijó una indemnización por daño moral al concluir que el despido fue discriminatorio. Sostuvo que debe concluirse que en el despido del actor tuvo un peso decisivo su orientación sexual y de género y su voluntad de construir su sexualidad de un modo diverso a lo que el empleador estaba dispuesto a tolerar, ya que de la prueba colectada no surge que hubiera evidenciado un mal trato hacia los clientes o hacia sus compañeros y sí que realizó diversos cambios físicos relacionados con su condición de homosexual y travesti. Se consideró arbitrario el despido del trabajador basado en su condición de homosexual y travesti y se concluyó que el monto que el empleador debe abonar por daño moral debe fijarse en una suma igual a la indemnización por antigüedad.

⁵⁰ Pronunciamiento de la C.Trab. de Tucumán, Sala IV, 5/9/07, en el que se tuvo por acreditada la indebida injerencia de miembros de la empresa en la vida privada del accionante y en sus relaciones personales –el actor era homosexual- y por consiguiente se hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios por aquél incoada y se le otorgó una reparación en concepto de daño moral, con fundamento en el art. 1071 bis C.C.

⁵¹ C.N.Civ, Sala H, 7/4/09, se trataba de un empleado bancario que dejó de percibir evaluaciones de desempeño positivas y fue trasladado de sucursal, luego de que la entidad empleadora tomará conocimiento de su condición de homosexual y portador de H.I.V. Con posterioridad se acogió a un plan de retiro voluntario. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de daños y perjuicios deducida. La Cámara confirmó el fallo apelado y sostuvo que la carga de la prueba se invierte cuando se alegan actitudes discriminatorias, y la firma demandada no ha logrado demostrar que existieran razones objetivas para que el actor dejara de ascender a partir del momento en que se tornó pública su orientación sexual y la enfermedad que lo aquejaba. Además, el hecho de que el actor se hubiere acogido a un plan de retiro voluntario no le impide reclamar una indemnización por los daños sufridos a raíz de la discriminación de que fuera objeto en su ámbito laboral, pues se trata de una cuestión ajena al rescancamiento ya percibido, pues aun cuando no se hubiese extinguido el vínculo laboral, de todos modos el actor tendría derecho a exigir una indemnización por discriminación, conforme a lo establecido en el art. 1º de la ley 23.592.

Uno de los pronunciamientos reseñados en realidad se vincula con el derecho a percibir la indemnización por “muerte del trabajador” por parte del conviviente homosexual y –como hemos visto- tuvo acogida favorable en primera instancia, fue rechazado el reclamo en la Cámara y admitido, finalmente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otro se refiere a un reclamo por daños y perjuicios con motivo a la indebida injerencia en la vida privada del dependiente. En tanto que los otros dos tratan de despidos discriminatorios y en ellos una vez que se tuvo por acreditado el acto discriminatorio - fehacientemente o a través de un cúmulo de indicios⁵²- los jueces resolvieron el planteo aplicando las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos y la ley 23.592, es decir las pautas a las que se ha recurrido en despidos discriminatorios fundados en otras causales. De tal forma, ambos supuestos en que se tuvo por configurada la discriminación por orientación sexual, se han dirimido favorablemente y revalorizando los derechos y libertades fundamentales avasallados por la medida del/a empleador/a cuyo único basamento fueron las íntimas elecciones formuladas por el/la trabajador/a relativas a su orientación sexual, conductas resguardadas por el art. 19 C.N. y toda la normativa que prohíbe los actos o conductas discriminatorias.

Por último, queremos remarcar que en un caso de naturaleza previsional, que resolvió el máximo tribunal⁵³ e involucraba personas del mismo sexo que convivían en aparente matrimonio y que fue citado como doctrina aplicable en el pronunciamiento sobre el art. 248 L.C.T. que mencionamos anteriormente, se sostuvo que “... el

⁵² Al respecto se puede consultar -entre otros- DOBARRO, Viviana M., "La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. La Libertad de Contratación y sus límites", Nota a Fallo, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 227, julio de 2004, págs. 633 a 642 y DOBARRO, Viviana Mariel- DEL MAZO, Carlos Gabriel, "La discriminación en el ámbito laboral", 4ta. Parte, Errepar, Doctrina Laboral, Nros. 239, julio de 2005. En dicha ocasión sostuvimos que no podemos obviar que una de las mayores dificultades en materia de reclamos por discriminación en el ámbito laboral se refiere a la prueba de estas repugnantes conductas que -por sus características- suelen verificarse solapada o encubiertamente o, incluso, en el marco de la relación personal y privada, entre acosador-acosado. Si bien la prueba testimonial suele ser la más idónea para acreditar estos hechos, en la práctica resulta que pocas veces alguien puede testimoniar que ha percibido a través de sus sentidos los sucesos relatados (requisito ineludible para que pueda considerárselo testigo), y aún cuando ello ocurra, por encontrarse unido por un vínculo ya sea laboral, personal o comercial con quien ha incurrido en estas conductas, probablemente su imparcialidad se verá severamente condicionada. Cada día adquiere mayor aplicación, en este tipo de procesos judiciales, la teoría de las "cargas dinámicas probatorias", que en su aplicación práctica significa que no se exija estrictamente la prueba fehaciente de los extremos invocados sino que también se hace caer sobre el otro sujeto la acreditación de aquellas circunstancias que -de acuerdo a las características del caso- se encuentre en mejores condiciones de probar.

⁵³ C.S.J.N., 28/6/11, "P., A. c/ ANSES s/ pensiones".

cometido propio de la seguridad social, por mandato de la Constitución Nacional (art. 14 bis), es la cobertura 'integral' de las consecuencias negativas producidas por las mentadas contingencias (Fallos 332:913 y sus citas). Y, seguidamente, que si es preciso interpretar las normas infraconstitucionales de la seguridad social conforme a su objetivo protectorio (v.gr. Fallos 325:1644, 293:307 y 267:19), lo cual impone reglas amplias (Fallos 325:2114; 324:4364; 293:307 y otros), cuidando que el excesivo rigor de los razonamientos, o los criterios restrictivos, no desnaturalicen el espíritu que ha inspirado su adopción (Fallos 329:2199 y 2827; 324:3868; 323:1551; 320:2340 y otros), o cautela (Fallos 324:176 y 789; 277, 265; 273:195 y 266:299, entre otros) de tal modo que toda preferencia hermenéutica debe volcarse hacia el resultado que favorece los objetivos normativos y no hacia el que los dificulta (Fallos 196:22 y su cita) ... el mandato antes señalado se ha visto reforzado por determinados instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que a partir de 1994 tienen jerarquía constitucional ... que el régimen legal de pensiones no puede, válidamente, dejar de comprender situaciones como la presente, vale decir, la de la persona sobreviviente que mantenía con la beneficiaria fallecida una relación que, por sus características, revelaba lazos concretos y continuos de dependencia económica, bien de la primera respecto de la segunda, bien de índole recíproca o mutua. ... la naturaleza 'sustitutiva' de determinadas prestaciones de la seguridad social como la aquí en disputa, 'que es uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional' (Fallos 327:5566 y sus citas), debe exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas humanas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida, y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable para seguir afrontando dichas necesidades, derivadas de la pérdida de los ingresos provenientes del causante. Que en tales condiciones la circunstancia de que el actor haya mantenido con el causante una relación no prevista por el art. 53 de la ley 24.241 no impide la concesión del beneficio...".

6. IMPLICANCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL DE LA LEY 26.473.

La ley 26.743 comienza en su art. 1 definiendo el Derecho a la identidad de género en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

Vale decir, vincula el derecho a la identidad de género con el libre desarrollo de la persona conforme su identidad de género y con el derecho a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad, tanto respecto de el/los nombres de pila, como la imagen y sexo allí consignados.

Luego el art. 2 define el concepto identidad de género y expresa que “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Por lo cual, la norma define el concepto identidad de género en sentido amplio y abarca de ese modo la vivencia interna e individual de cada persona, su sentir, se corresponda o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo su vivencia personal del cuerpo y sea que se modifique o no la apariencia o función corporal por medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole. Asimismo, se contemplan otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Luego en los arts. 3, 4, 5 y 6 se refiere la ley al derecho de toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de

nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida, los requisitos y trámites a seguir para acceder a ella.

En tanto que el art. 12 reafirma el derecho al trato digno, al preceptuar que “Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”.

Al respecto, cabe observar que del ejercicio de los derechos consagrados en la ley -por los y las trabajadoras- podrán derivarse diversas situaciones o proyecciones en el ámbito laboral.

Así, podemos pensar en que a partir del derecho a la identidad de género reconocido como un derecho fundamental de toda persona humana, que se vincula con la vivencia y el sentir íntimo de las personas y más allá de la adecuación física o del sometimiento a tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole a los que pueda o no someterse, resulta evidente que toda pregunta formulada durante el proceso de selección que apunte a indagar sobre el ejercicio de alguna de estas facultades constituirá una intromisión indebida en el derecho a la intimidad del postulante. En consecuencia, corresponderá arbitrar los medios para que el derecho a la identidad de género no se erija como un motivo o razón que traiga aparejado prácticas discriminatorias o una postergación del/la aspirante fundada únicamente en esta circunstancia. Repetimos, sea que se trate de quien ha ejercido la facultad de adecuar su apariencia y/o nombre a su

íntimo sentir, o sea quien exteriorice su identidad de género exclusivamente a través de la vestimenta, modo de hablar o modales.

Por otra parte, cabe recordar que si la persona hace un efectivo ejercicio de los derechos que a partir de la ley de identidad de género se le reconocen, por ejemplo en lo atinente a la rectificación registral, durante la vigencia del contrato de trabajo, serán aplicables las previsiones de los arts. 7 y 12 de la ley. En lo relativo a la oponibilidad de la rectificación del sexo y el/los nombres de pila a la empleadora desde el momento de su inscripción en el/los registro/s; al derecho a ser llamado conforme la identidad de género; al trato digno que debe dispensarse a quien ejerce efectivamente los derechos que emergen de la presente ley.

Por otra parte, toda vez que “La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieren corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral... En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona”, corresponde reafirmar el derecho de quien ha recurrido a la rectificación prevista por el art. 3 a que su contrato de trabajo se mantenga exactamente en las mismas condiciones que con anterioridad a dicho trámite, a excepción de las eventuales modificaciones que en lo atinente a sus datos personales corresponda hacer en los libros y registraciones de la empresa y ante los organismos de la seguridad social, con ajuste a los parámetros estipulados en el último párrafo del art. 7, en el art. 12 y resguardando en todos los casos el deber de confidencialidad estipulado por el art. 9 de la ley.

No se puede soslayar que teniendo en cuenta todo lo expresado anteriormente con relación a los prejuicios imperantes respecto de las cuestiones vinculadas con la orientación sexual en muchos ámbitos laborales (ver acápite VI y VII del presente trabajo), es de suponer que el ejercicio efectivo de los derechos derivados de la ley de identidad de género durante la vigencia de un contrato de trabajo, pueda traer aparejado para la persona burlas, hostigamientos y/o persecuciones de diferente índole y provenientes en muchos casos de

sus compañeros de trabajo y, en otros, también de sus superiores jerárquicos.

Y, al respecto, cabe remarcar especialmente la importancia del marco normativo, tanto de jerarquía constitucional, internacional como legal, que tutela frente a los actos o conductas discriminatorias de cualquier índole y basadas en cualquier razón, incluida la identidad de género. Pues bien, a esta altura es indiscutible que constituye un derecho humano fundamental el pleno respeto del derecho a la intimidad, a la autodeterminación en materia de salud, imagen e identidad, a vivir según las propias convicciones y elecciones, a vestirse y comportarse de acuerdo a ellas, a no ser discriminado por las íntimas y personales elecciones en ningún ámbito y a la igualdad de trato como lógico correlato.

Sentado ello, cabe pensar que las mencionadas situaciones de hostigamiento y burlas podrían darse también durante la vida laboral en circunstancias vinculadas con el uso de espacio comunes, tales como baños y vestuarios, que por sus características se reservan para el uso exclusivo de quienes pertenecen a uno u otro sexo.

Y, al respecto, queremos resaltar que sobre tales prácticas y sobre los prejuicios que seguramente suscitará la cuestión del pleno ejercicio de los derechos previstos en la ley, deberá imponerse la noción de “identidad de género” por sobre la de apariencia física o sexo asignado al momento del nacimiento, haya mediado o no tratamiento farmacológico, quirúrgico o de otra índole tendiente a la modificación de la apariencia o función corporal y/o rectificación registral.

A esta altura no podemos obviar, por un lado las facultades que se le asignan a la empleadora en orden a organizar y dirigir la empresa y el deber de resguardar la integridad psicofísica y espiritual de la persona que trabaja (cfr. arts. 64, 65 y 75 L.C.T.), que en definitiva ponen a su cargo el adoptar las medidas necesarias para disuadir, desalentar y prevenir este tipo de prácticas provenientes del resto del plantel de dependientes de la empresa, así como de los superiores jerárquicos y, demás está decir, de las propias decisiones y medidas adoptadas por la empresa.

Por otra parte, en la materia adquiere también un papel crucial la labor y el consenso de las partes colectivas, tal como sostuviéramos en otra ocasión con relación a la ley 26.485 y las cuestiones de violencia contra la mujer en el ámbito laboral⁵⁴, pues qué mejor que acudir a los sindicatos para que lleven adelante, entre los/as trabajadores/as, la difusión de los aspectos mencionados anteriormente, cumpliendo de tal forma con una misión de tipo preventiva o de asesoramiento, a la par que de concientización entre el plantel de trabajadores/as y en los diferentes ámbitos de trabajo, acerca de estas cuestiones; así como también en orden a la negociación colectiva, que ha sido entendida por la O.I.T. como una vía hacia la igualdad⁵⁵, entre otras razones por su importancia -por ejemplo- para la implementación en la empresa de mecanismos internos de control y aprobación de las decisiones empresariales, a fin de eliminar de ellas las prácticas discriminatorias o que exterioricen otras formas de violencia y, así, prevenir tales aberrantes comportamientos, con la evidente economía de recursos, económicos y humanos, estatales y particulares que de este control y debate previo podría derivarse. También es crucial la importancia de la negociación colectiva para que a través de convenios colectivos del trabajo se estipulen cláusulas que amplíen el ámbito de las normas estatales y fijen pautas obligatorias -en cada actividad- para nivelar grupos de personas que actualmente se hallan en un virtual estado de imposibilidad de conseguir que su trabajo sea “digno”, a la par que abrir instancias de diálogo en el seno de la empresa a efectos de establecer mecanismos más democráticos de toma de decisiones o de

⁵⁴ DOBARRO, Viviana Mariel, “Reflexiones sobre cuestiones de género en el ámbito laboral. Estado actual, avances, temas pendientes y desafíos” (Segunda Parte), Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, en prensa.

⁵⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, op. cit., pág. 115 y sigs. "La inclusión de cláusulas antidiscriminación o proigualdad, o su ausencia en los convenios colectivos es buen indicador del compromiso de los interlocutores sociales a favor de la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo. Sin embargo, la búsqueda de la igualdad debe impregnar todo el proceso de negociación colectiva y no tratarse como un tema aparte. La referencia en los convenios colectivos a la legislación nacional antidiscriminación y, en su caso, a las normas internacionales pertinentes, contribuye tanto al cumplimiento de la ley, especialmente cuando su aplicación es negligente, como a la tutela de los derechos que podrían verse amenazados con los cambios de gobierno. Ello permite la resolución de quejas por unos cauces procesales idóneos, más rápidos y menos costosos que los procesos contenciosos. La negociación colectiva también puede contribuir a mejorar la protección jurídica de los derechos de los trabajadores".

resolución de los conflictos de naturaleza laboral que ya se hayan originado⁵⁶.

También queremos destacar que tampoco nos cabe duda alguna con relación a que un eventual despido vinculado con el ejercicio de los derechos derivados de la ley o que se funde en la identidad de género de la persona que trabaja queda alcanzado por las previsiones que rigen frente a los actos o conductas discriminatorias de cualquier índole y que se verifiquen en el ámbito laboral, así como por las pautas que doctrinaria y jurisprudencialmente se han desarrollado en torno a los despidos discriminatorios y a las que nos hemos referido anteriormente (ver argumentos vertidos en los puntos VI y VII de estas reflexiones).

Agréguese que, en lo relativo al reparto de las cargas probatorias en temas de la índole como el que aquí nos planteamos, la Corte Suprema de Justicia ha dicho recientemente⁵⁷ que “... el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. ... En ese contexto corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos ...que se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto. ... ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por

⁵⁶ RODRÍGUEZ SAIACH, Luis A.- KNAVS, Verónica, op. cit.

⁵⁷ C.S.J.N., “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/11.

las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuantos estos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional...” y que “...resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica...”.

El art. 11 establece el derecho al libre desarrollo personal y en lo atinente a aquellos aspectos que pueden proyectar sus efectos en el contrato de trabajo, cabe reparar que la norma establece que “Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa...”.

Sobre esta cuestión y toda vez que el derecho a la identidad de género, con los alcances reseñados, incluye la posibilidad de recurrir a la rectificación registral y también a los tratamientos de diferente índole que permitan adecuar el cuerpo y la genitalidad a la identidad autopercebida –incluidas las intervenciones quirúrgicas- cabe preguntarnos por el régimen jurídico que cabe aplicar a las inasistencias al puesto de trabajo que se verifiquen como consecuencia de haberse sometido a alguno de dichos tratamientos.

Creemos que, al efecto, corresponde armonizar el plexo normativo constitucional, internacional y legal y, en todo caso, recurrir a las pautas que emergen del art. 13 de la ley que establece que “Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”. Vale decir, esta disposición reafirma el derecho humano a la identidad de género y estipula una pauta interpretativa clara para la resolución de los casos concretos, las normas deberán interpretarse y aplicarse siempre a favor del acceso al derecho a la identidad de género, lo que se ve reforzado por el principio interpretativo que emerge del art. 9 L.C.T. , el denominado “in dubio pro operario” y a esta pauta debemos sumarle también el principio “pro homine” que rige en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y al que la C.S.J.N. le ha dado plena operatividad para la resolución de casos de índole laboral, así como de cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales de la persona humana.

Y, en consecuencia, no tenemos dudas que el derecho a someterse a los mencionados tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas es un derecho fundamental de la persona humana y como tal no puede traer aparejada consecuencia desfavorable o sanción alguna para quien lo ejerce.

En el caso concreto que nos planteamos, entendemos que la empleadora no podría poner cortapisa alguna al ejercicio del derecho en cuestión.

Tampoco podría la persona que trabaja perder el derecho al salario por el hecho de recurrir a un tratamiento o intervención quirúrgica que es indispensable en pos de adecuar su apariencia física, genitalidad y sexo a la identidad de género, por el carácter alimentario que la remuneración posee y todas las protecciones que ella tiene, así como también por los alcances que el reconocimiento al

derecho a la identidad de género trae aparejado en el régimen legal que estamos analizando.

Es cierto que se trata de una circunstancia que no está prevista en el régimen legal de licencias laborales, al igual que sucede con algunas otras nuevas realidades que no tienen previsión expresa en este capítulo de la normativa laboral, pero por los principios y derechos fundamentales involucrados, así como en atención al espíritu y finalidad perseguida por la ley, así como por las pautas que sienta el art. 13 de la presente ley y el art. 9 L.C.T. y del principio pro homine, no puede sino ser zanjada en el sentido más favorable a la plena vigencia del derecho a la identidad de género y a favor de la persona que trabaja. En todo caso, así como hemos propiciado en ocasión de analizar las cuestiones vinculadas con la ley 26.485, habrá que incorporar algunas licencias específicas en el régimen de contrato de trabajo para dar cobertura a las nuevas realidades en el caso que hoy nos ocupa en materia de identidad de género y en las circunstancias que comentáramos en trabajos anteriores en lo relativo a responsabilidades familiares y/o derecho a la salud. Pero, mientras tanto, la solución que en la práctica alcancen las partes individuales por la vía de la autocomposición del conflicto concreto o aquella a la que se arribe al momento de resolver judicialmente la cuestión, no podrá desconocer que la ley revaloriza el derecho a la identidad de género como un derecho fundamental de la persona humana y que este derecho incluye también –como ya se ha dicho- el derecho a someterse a tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicos que, tal vez, puedan significar el ausentarse por algún lapso al puesto de trabajo, pero que reiteramos en modo alguno puede traer aparejado la pérdida del salario o alguna consecuencia peyorativa para la persona que trabaja.

7. CONCLUSIONES.

Toda vez que no existe en nuestro sistema derechos absolutos (arts. 14 y 28 C.N.) ya que cada uno encuentra su límite en el de los demás y, fundamentalmente, en el deber constitucionalmente consagrado de “no dañar” (art. 19 C.N.), de la misma forma que en

tantos otros ámbitos nadie duda que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede vulnerar los de terceros ni causarles daño alguno, en el ámbito laboral dichas fórmulas también tienen plena vigencia –aunque parezca ocioso mencionarlo- y, por ende, el ejercicio de los derechos vinculados con la propiedad y la libre contratación encuentran su valla infranqueable en la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de quien trabaja en relación de subordinación. La persona no se despoja de su dignidad para ingresar al ámbito laboral; muy por el contrario, lo hace con un doble orden de protección: el de los derechos humanos fundamentales y el que tutela a la persona que trabaja⁵⁸.

Finalmente, el análisis de esta problemática exige poner el acento en la revalorización de la persona humana por sobre las leyes del mercado o cualquier otro tipo de pauta mercantilista (como dijera la C.S.J.N. en el caso "Vizzoti"⁵⁹); porque la persona humana "... es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental ... el trabajo humano tienen características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional ..."⁶⁰.

En este sendero se inserta la ley 26.743, camino abierto por quienes desde su ámbito concreto de acción han luchado y lo siguen haciendo, muchas veces en silencio y en el anonimato, y otras desde la acción y el compromiso social, por el reconocimiento para todas las personas, sin distinción alguna, no sólo de iguales derechos, sino de iguales "oportunidades" para ejercitarlos, a la par que del derecho a vivir y trabajar en un ambiente digno, sano y libre de toda forma de violencia. Tarea en la que contaron con el apoyo de diversos organismos internacionales y asociaciones intermedias, así como también con el invalorable aporte de la labor creativa de los jueces y

⁵⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, "La violencia en las relaciones laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Primera Parte)" Editorial Errepar, *Doctrina Laboral* Nros. 276, julio de 2008).

⁵⁹ C.S.J.N., "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido", 14/9/04.

juezas que haciéndose eco del mandato constitucional y de las normas internacionales, fueron progresivamente recogiendo en sus decisiones los preceptos mencionados. Vía en la que pese a los avances experimentados nos queda mucho por hacer en aras de construir una sociedad mas justa, solidaria, democrática, con igualdad de oportunidades para todas y todos y sin violencia.

⁶⁰ C.S.J.N., “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/9/04.