

Voces: CONTRATO DE TRABAJO ~ DAÑO MORAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DESPIDO ~ DISCRIMINACION ~ HOMOSEXUALIDAD ~ INDEMNIZACION ~ LEY NACIONAL DE EMPLEO ~ PERDIDA DE CONFIANZA

Tribunal: Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Laboral de 5a Nominación de Rosario(JLabRosario)(5aNom)

Fecha: 22/06/2007

Partes: M., C. c. D., A. M. y/u otro

Publicado en: LLLitoral 2007 (noviembre), 1126 - LA LEY 12/11/2007 , 11, con nota de Juan Pablo Cifré; LA LEY 2007-F , 441, con nota de Juan Pablo Cifré;

Cita Online: AR/JUR/5043/2007

Hechos:

Un trabajador 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 admite el reclamo y fija una indemnización por daño moral al concluir que el despido fue discriminatorio.

Sumarios:

1. 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, si 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, más de modo irresistible porque no se evidencian como fruto de una libre elección antojadiza ni de una provocación.
2. Considerando la arbitrariedad del despido del trabajador basado en su condición de homosexual y travesti, y la protección legal de jerarquía constitucional que lo ampara, el monto que el empleador debe abonar por daño moral debe fijarse en una suma igual a la indemnización por antigüedad.
3. El art. 245 de la ley de contrato de trabajo establece un sistema objetivo en torno a la reparación de los daños derivados de un despido incausado, por lo que, en principio, la indemnización tarifada comprende el resarcimiento de todos los perjuicios ocasionados, ya que no puede descartarse en todos los casos la posibilidad de resarcir el daño moral vinculado al distracto.
4. Es procedente otorgar una reparación adicional a la del art. 245 de la ley de contrato de trabajo cuando el trabajador sufre un daño moral nacido de hechos distintos al despido, originado en hechos extracontractuales en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella, que serían indemnizables aun en ausencia de relación laboral y causados por un obrar culposo o doloso del empleador.
5. Aun cuando la indemnización tarifada del art. 245 de la ley de contrato de trabajo cubre todos los daños materiales y morales que la pérdida del empleo puede ocasionar al trabajador, será procedente el pago de un plus por daño moral -excepcionalmente- cuando la actitud del empleador al disolver el vínculo exceda el ámbito contractual para ingresar en el de la ilicitud dolosa o culposa.
6. La circunstancia de que el trabajador no hubiera informado, al inicio de la relación, acerca de su condición de homosexual y travesti no puede ser esgrimida por el empleador a los fines del despido, en tanto configura una pretensión enfrentada con el derecho a la intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil).
7. Resulta inatendible que el empleador invoque que perdió la confianza en su dependiente por la sola razón de una intimación que éste le cursó para que ajustara su conducta a lo previsto en las normas que vedan la posibilidad de discriminar, considerando que todos los habitantes de la República Argentina tienen reconocido su derecho a peticionar un trato digno.
8. Es procedente otorgar al trabajador despedido las indemnizaciones sustentadas en los arts. 10 y 15 de la ley 24.013, ya que se encuentra probado que percibía una remuneración menor a la consignada en la documentación laboral, que intimó la corrección de la registración y que el distracto se produjo dentro del lapso temporal previsto en el art. 15 del citado cuerpo normativo.

Texto Completo:

Y VISTOS: Los presentes caratulados "M., C. c/ D., A. M. y/u Otro s/ Cobro de Pesos." Expte. 764/99, de los que resulta que;

1. A fs. 22 y ss., C. A. M. promueve demanda contra A. M. D. en su carácter de titular de la peluquería unisex "... y/o quien resulte responsable del establecimiento con domicilio en ..., de la ciudad de Rosario, pretendiendo la percepción de los siguientes rubros: 1- Días laborados en junio de 1999 (con deducción de lo abonado). 2- Integración mes de despido. 3- Indemnización sustitutiva de preaviso. 4- Sueldo Anual Complementario proporcional (con deducción de lo abonado). 5- Indemnización proporcional por vacaciones no gozadas (con deducción de lo abonado). 6- Indemnización por antigüedad. 7- Indemnización art. 15, ley 24.013. 8- Indemnización por descanso compensatorio (art. 8, CCT 84/89). 9- Diferencias salariales. 10- Indemnización art. 10, ley 24.013. 11-Indemnización por daño moral en función de actitud discriminatoria.

Refiere que comenzó a trabajar en la peluquería de la demandada en enero de 1997, cubriendo, en principio, personal que se encontraba de vacaciones. Transcurridos los 15 días, se le manifestó que la jornada de trabajo era de lunes a viernes, desde las 8,30 horas y hasta las 20 horas, y los sábados de 8,30 horas a 18 horas. Percibía una remuneración determinada por el 25 % de cada corte y peinado realizado, abonándosele por semana entre \$ 350.- y \$ 370.-, y totalizando la suma mensual de aproximadamente \$ 1500.

Relata que, en diciembre de 1997, ante una inspección de la Dirección General Impositiva, la patronal lo inscribió, haciendo constar el ingreso en tal fecha, y denunciando una remuneración inferior a la real. Asimismo manifiesta que se vio obligado a suscribir recibos quincenalmente durante toda la relación laboral, además de percibir las diferencias al margen de toda registración.

Sigue diciendo que la patronal comenzó con diversos planteos en relación a cuestiones privadas, referidos a su condición de travesti, a pesar de que siempre concurrió a su trabajo vestido de varón, utilizando el uniforme que le daba la empleadora, no teniendo inconveniente alguno con la clientela del establecimiento.

Aduce que la empleadora comenzó a coartar sus posibilidades de labor, así fue que un día se entera por un compañero de trabajo que otro cubriría las funciones que habitualmente desarrollaba. Cuando habla con la patronal se le informa que ello obedecía a que otra persona se haría cargo de sus funciones, porque iba a ser despedido, en razón que personas ajenas al negocio consideraban que era mejor que no trabajara más porque su persona resultaba "antiestética".

Narra que la primera semana de junio de 1999, se le informa que era la última en la que iría a trabajar, razón por la cual remite telegrama que reza "Ante vuestras amenazas de proceder a mi despido motivado en modificaciones estéticas a mi cuerpo, en cuanto se trata de una cuestión personal y dentro del ámbito de mi intimidad, constituyendo vuestra actitud de clara discriminación y violación a derechos esenciales de la persona amparados por nuestra Constitución y Tratados Internacionales y sancionados específicamente por la ley 23.592, lo intimo a que cese en vuestra actitud y se abstenga de realizar cualquier acto que implique discriminación motivada por mi apariencia física o sexual bajo apercibimiento de accionar judicialmente (...)".

Afirma que, en función de tal intimación, fue obligado a retirarse del trabajo. El lunes 7 de junio remite telegrama intimando regularización de su inscripción con real fecha de ingreso, salario percibido, y aclaración de situación laboral.

El 8 de junio de 1999 recibe misiva de la empleadora en la que se niega haya existido actitud discriminatoria, o amenazado de despido por su identidad sexual y apariencia física, la accionada se da por ofendida y procede a despedirlo, alegando que el primer telegrama cursado intimando el cese de la actitud de discriminación constituye una injuria laboral grave y en consecuencia lo despide invocando justa causa.

En fecha 10 de junio por carta documento Nro. 24.488.051 6, la demandada ratifica los términos de su carta anterior y pone a disposición los haberes el día 11.06.1999.- Expresa que en la misma fecha le responde rechazando los términos de las cartas documentos Nros. 24.488.422 6 y 24.488.051 6, dejando de manifiesto como lo había hecho en la primera carta, los verdaderos motivos del distracto, una actitud discriminatoria y un despido incausado, reclamando las indemnizaciones correspondientes, y dejando constancia de la real fecha de ingreso, horario de trabajo y salario percibido.

El 11 de junio la empleadora le abona los montos que considera le corresponden, lo cual recepciona bajo reserva para accionar judicialmente ante la insuficiencia de los mismos.

El 16 de junio recepciona carta documento por la cual la empleadora rechaza la carta remitida en fecha 10 de junio y reitera el término de sus anteriores. A la cual responde rechazando la misma, intimando al pago de las indemnizaciones correspondientes y poniendo fin al diálogo telegráfico.

Hace mención de las secuelas del intercambio telegráfico habido.

Funda su derecho y ofrece pruebas.

2. A fs. 49 y ss. comparece y contesta la demandada A. M. D., como única titular de la peluquería "... de calle ... de Rosario, efectuando una negativa de estilo.

Reconoce la existencia de vinculación de tipo laboral, la condición de travesti del actor, su concurrencia al lugar de trabajo vestido siempre como varón, y el intercambio telegráfico habido.

Esgrime que el ingreso se produjo en fecha 01.12.1997, en la categoría de ayudante de peluquería (CCT 84/89), con un desempeño que se extendía de 9 a 13 horas, de martes a viernes; y de 9 a 17 horas los sábados. Abonándosele una remuneración mensual promedio de \$ 123.- Expresa que el trabajo en una peluquería es variable e incluso estacional, no pudiéndose invocar que se le hubieren coartado las posibilidades de trabajar.

Señala que el actor inició su actividad sin declarar que era homosexual y travesti, procediendo a manifestarlo mucho tiempo después. Ello no hizo variar el vínculo en modo alguno, en tanto el actor era buen

peinador.

Manifiesta que el actor comenzó a estar de mal humor, muy nervioso y alterado, afectando su relación con sus compañeros y la empleadora, y solicitando en repetidas oportunidades que se acogiera su pretensión de travestizarse para ir a trabajar. El propio actor comenzó a "autodiscriminarse", procediendo antisocialmente y con conducta laboral. La homosexualidad en un medio laboral no puede sólo ser tratada desde el punto de vista normativo, sino también y fundamentalmente desde el ámbito psicológico.

Asume que las reiteradas inconductas del actor, sumado a inasistencias y la imputación falsa que planteó telegráficamente, configuraron la pérdida de confianza en que se funda el despido.

Transcribe precedentes jurisprudenciales que, entiende, son de aplicación en el sub examine.

Funda su derecho y ofrece pruebas.

3. En fecha 27 de marzo de 2000 se celebra la audiencia fijada en razón del art. 51 C.P.L. cuya acta luce agregada a fs. 59 y 59 vta. No lográndose la conciliación de las partes, se abre la causa a prueba, constando como producidas en autos las siguientes: 1- Absolución de posiciones de: la actora (fs. 59), y de la demandada (fs. 59 vta.). 2- Testimoniales de: C. A. P. (fs. 79), H. S. B. (fs. 79 vta.), L. A. F. (fs. 80), C. M. I. P. (fs. 80 y vta.), V. D. M. (fs. 80 vta. y ss.), D. B. C. (fs. 91), H. D. G. (fs. 91 y vta.), C. M. F. (fs. 91 vta.), y M. R. C. (fs. 91 vta. y ss.). 3- Informe Pericial Contable (fs. 95 y ss.; observada a fs. 101). 4- Informativa de: Juzgado de Instrucción de la 10ª Nominación de Rosario (fs. 104 y ss.).

4. El 28 de agosto de 2003 se clausura el término de prueba y se llaman autos para sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 57 del C.P.L., decreto que firme y consentido, con los alegatos de las partes agregados y a la vista deja a los presentes en estado de dictar sentencia definitiva.

1ª Instancia. — Rosario, junio 22 de 2007.

Considerando: Las variadas aristas que revelan las especialísimas circunstancias del presente caso, hacen que deba comenzar por un análisis contextual pormenorizado, en donde puedan ser puestas de resalto las complejidades que, desde diversas disciplinas, son evidenciadas.

1. Lo psicológico: la construcción de la sexualidad.

Atendiendo a la interdisciplinariedad que impone la materia, corresponde referir a la distinción científica relativa a la mirada del sexo desde un ángulo estático (dado por los caracteres anatómicos y la morfología exterior, o sea, con el que se nace y se registra), y sexo dinámico (referido a la personalidad, modos de comportamiento y hábitos psicosociales de la persona).

Si bien se reconoce que, en general, ambos caracteres suelen ser coincidentes en cada sujeto, en determinadas ocasiones se presentan situaciones que evidencian una disociación de aquéllos.

Puntualizando más aun, también se ha dicho que "la sexualidad de una persona está dada por el armónico desarrollo y funcionamiento de distintos aspectos del sexo. Así tenemos el sexo genético, el endocrino, el morfológico, el psicológico y el jurídico" (FRARACCIO, José Antonio V.; "Medicina Legal", Buenos Aires, Universidad, 1977, pág. 177). Generalmente se distinguen lingüísticamente estas facetas, aclarándose que la palabra "sexo se refiere de forma específica a las características biológicas y físicas que convierten a una persona en hombre o mujer al momento de su nacimiento, y género se refiere a las conductas de identificación sexual asociadas a miembros de una sociedad" (ARRIAGA ESCOBEDO, Raúl Miguel; "Los individuos y grupos denominados 'transgéneros' y su relación con el Derecho", en "El estado de las cosas", México, Viceversa, 2000, número 90, págs. 231 y ss. P. v. también MILLOT, Catherine; "Exsexo. Ensayo sobre el transexualismo", traducción Cristina Davie, Buenos Aires, Catálogos S.R.L., 1984).

De lo antedicho se desprende que claramente existe un requerimiento de asumir la complejidad de una situación que no puede ser entendida en términos de dimorfismo, apelando a binomios antagónicos (masculino – femenino), sino que debe captarse en toda su magnitud, a los fines de posibilitar una acabada respuesta (cf. CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976) que, desde lo jurídico, satisfaga los requerimientos del caso. Es que, va de suyo, la sexualidad no constituye un elemento dado, sino que se construye en cada sujeto, en tanto la inscripción de un estatuto subjetivo conlleva la necesaria configuración de una sexualidad.

Es decir, evidentemente se presenta como un reduccionismo inadmisibile la aseveración en el sentido que una persona decide mudar su vestimenta a una preponderantemente asignada, desde lo cultural, al sexo contrario, por el solo arbitrio de su voluntad libre.

Así quienes nos posicionamos en el ámbito de "lo jurídico", solemos caer fácilmente en la tentación de pensar al sujeto desde esta abstracción, sobre todo en relación a la construcción que el Derecho civil realiza en referencia a la persona humana, influenciado por los principios establecidos en el Código Civil francés de 1804

(cf. SOLARI, Gioele; "Filosofía del Derecho Privado", Buenos Aires, Depalma, 1946, tomo I "La idea individual", págs. 226 y ss.). Mas entiendo que el Derecho no puede mostrarse ajeno a los enunciados de diversas áreas del saber, que nos van mostrando toda una serie de límites impuestos que no pueden ser soslayados (al respecto, p. c. GOLDSCHMIDT, Werner; "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 71 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Reflexiones sobre los límites de los repartos", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, N° 6, págs. 77 y ss.; y BENTOLILA, Juan José; "El derecho vencido (a propósito de los conflictos de normas generadores de límites a la voluntad del legislador)", en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, N° 27, págs. 9 y ss.).

Desde un punto de vista psicológico-social, entonces, se explica que "el sexo no es un fenómeno abstracto, ni un dato aislado, sino integrado a una totalidad de vida. Se encuentra 'personalizado' en la realidad única e irrepetible de un ser humano concreto" (ZABALA de GONZALEZ, Matilde; "Daños a las personas", Hammurabi, 1994, pág. 285), y que "más allá de la consideración cromosómica del sexo, que a lo sumo nos muestra la determinación genética natural del sujeto, el análisis exigiría integrar ese dato con las determinantes psicosociales y conjugando todos los elementos para brindar una respuesta que permita a la persona, en concreto, vivir en plenitud su propio cuerpo, es decir, ser ella misma" (ZANNONI, Eduardo; "Derecho de familia", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, N° 4, pág. 142).

Lo expresado supra tiene fundamental importancia en el entendimiento del presente caso. Porque, ha de remarcarse, no estamos en presencia de un sujeto que, caprichosamente, decidió en un momento dado peticionar se lo autorizara a utilizar un "disfraz", una mera cobertura tendiente a ocultar, o engañar (como en OCAMPO, Silvina; "Las vestiduras peligrosas", en "Cuentos completos II", 2ª edición, Buenos Aires, Emecé, 1999, págs. 34 y ss.), o envolver una persona esencialmente invariable, sin razón alguna más que las fronteras de su antojadiza voluntad. Por el contrario, la construcción de la sexualidad hace referencia a una progresiva configuración que bien puede dejarnos conformes (como en WOOLF, Virginia; "Orlando", traducción de Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Sudamericana, 1993), tanto a quien la realiza como a quienes lo rodean, o también, a la manera de una penosa mudanza (como en KAFKA, Franz; "La metamorfosis", traducción de Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Losada, 2006), aislarnos de nuestros pares y condenarnos a un arduo ostracismo.

Las testimoniales rendidas dan cuenta de este sendero que el actor recorrió, y de su progresión.

Así, LAF aseveró que "lo vi en la peluquería como un chico común que luego vio con el pelo largo, y que se había hecho una depilación permanente en la cara, que lo vio y le causó curiosidad y el actor le comentó que se había hecho una depilación permanente con láser" (4ª resp., fs. 80), que "lo notaba afeminado" (5ª resp., ídem). CMI, por su parte, indicó que "sí observé algunos cambios en él en su aspecto físico que estaba depilado en el rostro que lo recuerda con el cabello largo. Y que notó cambios generales en la actitud" (4ª resp., fs. 80 y vta.), y que "cuando se refirió a cambios de actitud quiso decir cambios en su persona" (5ª resp., fs. 80 vta.). También VDM refirió que el actor cambió "muchísimo que se sacó completamente la barba, que se afeminó totalmente el cabello. Cuando él entró tenía bigotes y barba y pelo corto, entró como hombre y se fue como mujer, todo un cambio en un conjunto (...)" (4ª resp., fs. 80 vta.), y que "(...) donde en un cuerpo hay otra persona es muy difícil" (5ª resp., ídem). DBJ adicionó algunos aspectos, en tanto afirmó que el actor tenía "uñas largas, depilado en su rostro tanto en cejas como barbilla, y el pelo muy largo" (4ª resp., fs. 91). HDG, a su turno, manifestó que "la depilación de cejas y barbilla se la sacó, se hizo la nariz, depilación definitiva, las uñas largas y brillosas. Llamaba la atención pero uno ya lo conocía, que era homosexual (...)" (4ª resp., fs. 91), "(...) los cambios que hizo física y en el modo de relacionarse se vieron principalmente en el último tiempo de su trabajo en la peluquería" (6ª resp., fs. 91 vta.). CMF, advirtió que el actor "Se veía distinto, depilado y bien prolija su cara" (4ª resp., fs. 91 vta.). En fin, MRC, narró que el actor "tenía la cara depilada, tenía depilación definitiva en la barba, el cabello más largo, se lo tiñó de rojo" (4ª resp., fs. 91 vta.).

Obviamente, asumir que un sujeto determinado pudiera emprender tales cambios con propósitos de mera provocación (lo que, debo aclarar, no se encuentra esgrimido en el sub examine), constituye una aseveración antojadiza y fuera de toda realidad, por lo que la descarto de plano.

2. Lo social.

2.1. El rechazo del contexto.

2.1.1. La reacción hostil de la comunidad en relación a las diferentes configuraciones de orientación sexual e identidad de género ha recibido varias denominaciones.

Desde la psicología y las ciencias sociales se empezó a usar el término "homofobia" para dar cuenta de una variedad de fenómenos que tienen en común su posición negativa respecto de la homosexualidad. El término surgió para referirse a un tipo psicológico hostil a la homosexualidad, pero luego su sentido se fue extendiendo hasta designar a todo tipo de discriminación por orientación sexual.

En realidad, se ha precisado que etimológicamente el término homofobia es inexacto (cf. DIAZ LETRA, Arturo; DE JESUS, Beto; CACERES, Carlos; PASSARELLI, Carlos; NASCIMENTO, Claudio; FENOY, Dolores; OLIVOS, Fernando; ROCHA, Jacqueline; ADAMS, Jayne; NUNES, Josué; BRUCK, Karen; SIMPSON, Keila; RODRIGUEZ, Libsen; SANJOUR, Luis Carlos; ROMERO, Marcela; BENEDETTI, Marcos; PECHENY, Mario; LYRA, Paulo; CHEQUER, Pedro; DE CASTRO, Rosángela; MAYORGA, Rubén; REIS, Toni; "Guía de acciones estratégicas para prevenir y combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género: Derechos humanos, salud y V.I.H.", Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el V.I.H./S.I.D.A.). Es que, si el prefijo griego "homo" quiere decir "semejante", literalmente homofobia es el miedo irracional del semejante, y no "miedo al homosexual".

Sin embargo, porque se fue popularizando a través de los movimientos sociales y agencias en un contexto globalizado, o por otras razones, este término fue adoptado en lugar de otros más precisos conceptualmente pero de menor popularidad. Al mismo tiempo, otras expresiones como "discriminación" o "prejuicio" parecían vaciadas de sentido e incapaces de dar cuenta de experiencias específicas de muchos individuos y grupos.

En suma, la homofobia se define como la intolerancia y el desprecio hacia quienes presentan una orientación o identidad diferentes a la heterosexual. Es decir, la discriminación, odio, miedo, prejuicio o aversión contra hombres homosexuales, mujeres lesbianas, personas bisexuales, transgénero, travestis, transexuales e intersexuales.

Una definición algo más compleja de homofobia refiere a "la hostilidad general, psicológica y social, respecto de aquellos y aquellas de quienes se supone que desean a individuos de su propio sexo o tienen prácticas sexuales con ellos. Forma específica de sexismo, la homofobia rechaza también a todos los que no se conforman con el papel predeterminado por su sexo biológico. Construcción ideológica consistente en la promoción de una forma de sexualidad (hetero) en detrimento de otra (homo), la homofobia organiza una jerarquización de las sexualidades y extrae de ella consecuencias políticas" (BORRILLO, Daniel; "Homofobia", Barcelona, Bellaterra, 2001, pág. 36; también p. v. GOFFMAN, Erving; "Estigma. La identidad deteriorada", Buenos Aires, Amorrortu, 1970).

La situación en toda América Latina dista de ser alentadora al respecto, en tanto se revela en la actualidad un difícil panorama para quienes se encuentran comprendidos en las categorías sexuales referenciadas (así, p. v. BALDERSTON, Daniel; DONNA, Guy; "Sexo y sexualidad en América Latina", Buenos Aires, Paidós, 1998; CACERES, C.; CAREAGA, G.; FRASCA, T.; PECHENY, M.; "Sexualidad, estigma y derechos humanos. Desafíos para el acceso a la salud en América Latina", FASPA/UPCH, 2006; también "Ciudadanía sexual en América Latina: Abriendo el debate", Lima, Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2004; FACUSE, Marisol; "Travestismo en Concepción: una cartografía desde los márgenes urbanos", Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Sociales, Concepción, 1998; HINOJOSA, C.; SARDA, A.; "El precio de ser diferente. Consecuencias económicas y sociales de la discriminación contra las lesbianas en América Latina", inédito; JONES D.; LIBSON, M.; HILLER, R.; "Sexualidades, política y violencia", Buenos Aires, Antropofagia, 2006; MAYORGA, R.; RODRIGUEZ LEERAYES, M.A.; "La exclusión social basada en la orientación sexual no heterosexual en Guatemala", Cuadernos de Desarrollo Humano, N° 2001-9; MONTOYA HERRERA, O.; y SABSAY, Leticia; "La representación mediática de la identidad travesti en Buenos Aires", en "Identidades, sujetos y subjetividades", Buenos Aires, Prometeo Libros, 2002).

Inclusive, ha de tenerse presente que la homosexualidad es ilegal en varios países, y en muchos de ellos se pena con castigo corporal o prisión (cf. Conferencia Internacional del Trabajo; "La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean - Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo", 96ª reunión, 2007, informe I B, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, pág. 47), y en nuestra ciudad, casi el 57 % de 390 personas mayores de 18 años consultadas, asoció la homosexualidad a una enfermedad (Diario "El Ciudadano & la región", 18/05/2007, pág. 8).

Kelsen considera a la predisposición homosexual como de gran significado, en tanto "la consciencia de ser diferente induce a un aislamiento penoso y despierta una determinada actitud hostil contra la sociedad que, al fracasar en comprender las peculiares formas del Eros de esos seres diferentes, no sólo los desdeña, sino que los somete incluso a otra forma de represión conectada con la anterior (...): el castigo legal" (MARI, Enrique E.; "Hans Kelsen. La doctrina del Eros platónico como un tratado freudiano de sexualidad", en "Materiales para una Teoría Crítica del Derecho", 2ª edición ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006, pág. 25).

Al respecto, nuestro más Alto Tribunal se ha expedido, advirtiendo 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" (C.S.J.N., 21/11/2006, in re "Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c. Inspección General de Justicia", en La Ley del 04/12/2006, pág. 5).

En otro precedente jurisprudencial, se ha puesto de resalto "la intolerancia y hostilidad que subyace en la sociedad frente a la elección en la orientación sexual de las personas distinta a la esperada, y que cuando se habla de homosexualidad no se señala una conducta o comportamiento humano, sino que la misma categorización pretende, peligrosamente, hacer de ello un 'diagnóstico'" (Juzgado de Familia de la 4ª Nominación, Córdoba, 06/08/2003, in re "L.S.F. y A.C.P.", en La Ley, 2004-B, 419, con nota de Adriana M. Wagmeister y Jorge M. Bekerman).

Asociado a ese fenómeno, "el gran deseo de normatividad de las antiguas minorías perseguidas siembra el desorden en la sociedad. Todos temen, en efecto, que no sea otra cosa que el signo de una decadencia de los valores tradicionales de la familia, la escuela, la nación, la patria y sobre todo la paternidad, el padre, la ley del padre y la autoridad en todas sus formas. En consecuencia, lo que perturba a los conservadores de todos los pelajes ya no es la impugnación del modelo familiar sino, al contrario, la voluntad de someterse a él. Excluidos de la familia, los homosexuales de antaño eran al menos reconocibles, identificables, y se los marcaba y estigmatizaba. Integrados, son más peligrosos por ser menos visibles" (ROUDINESCO, Elisabeth; "La familia en desorden", traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pág. 10).

2.1.2. Sin embargo, entiendo que corresponde destacar que esta animadversión en relación a las construcciones sexuales diversas a la mayoritariamente establecida no se presentó, en la historia de la humanidad, como una constante absoluta (cf. ARRIAGA ESCOBEDO, Raúl Miguel; op. cit., pág. 236; entre otros).

Así, se osciló entre la aceptación en la Grecia antigua (FOUCAULT, Michel; "Historia de la sexualidad", 4ª edición en español, México, Siglo XXI, 1990, tomo II – "El uso de los placeres", págs. 172 y ss.), la tolerancia en el imperio romano, y se configuró ya con claridad la homofobia en el occidente de los primeros siglos de nuestra era, tal vez filtrándose a través de los postulados de la escuela estoica (con relación a éstos, p. v. CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, tomo I, págs. 112 y ss.; también LAMANNA, E. Paolo; "Historia de la Filosofía", traducción de Oberdan Caletti, Buenos Aires, Librería Hachette S.A., 1957, tomo I, págs. 266 y ss.; RUSSELL, Bertrand; "Historia de la Filosofía", traducción Julio Gómez de la Serna y Antonio Dorta, Barcelona, Mateu Cromo Artes Gráficas S.A., 2005, págs. 295 y ss.).

2.2. La situación de los travestis.

Se ha definido al travesti como la "Persona que, por inclinación natural (...), se viste con ropas del sexo contrario" ("Diccionario de la Lengua Española", 22ª edición, Real Academia Española, 2001).

Más allá de las dificultades interpretativas que la utilización del término "natural", asociado acriticamente a una explicación de la inclinación, presenta (BENTOLILA, Juan José; "¿Qué se quiere decir cuando se dice 'naturaleza?'", en Suplemento Actualidad de la Revista Jurídica La Ley, 16 y 18 de diciembre de 2003), lo cierto es que la condición requerida para categorizar es la utilización de ropajes del sexo contrario al genotípico (claro que no lo único, pudiendo adicionarse una serie de otros factores).

Aunque, desde hace varias décadas, se va imponiendo la utilización de la voz "transgénero" (cf. EKINS, Richard; "Sobre el varón feminizante: una aproximación de la 'teoría razonada' sobre el hecho de vestirse de mujer y el cambio de sexo", en "Transexualidad, transgenerismo y cultura. Antropología, identidad y género", Madrid, Talasa, 1998; y también ZUÑIGA, Alejandra; "Transgénero. Paradigma heurístico", en "Días de transgénero", México, Memoria, Instituto Mexicano de Sexología, 1999), en la actualidad suele reservarse el término "travesti" sólo para sindicarlo al sujeto de sexo masculino que utiliza ropajes femeninos, toda vez que es culturalmente aceptado sin cortapisas el derecho de las mujeres de utilizar vestimentas otrora reservadas al sexo contrario.

Podría aventurarse que la interpretación de tal permisividad actual está orientada sobre la base de enunciar que la mujer que viste de varón gana lo que el varón vestido de mujer pierde; resultando de tal razonamiento una nueva manifestación de sexismo.

Ahora bien, se ha referido que el grado de exposición que la vestimenta implica, se constituye en rasgo agravante de la situación de vulnerabilidad de la intimidad (FERNANDEZ, Josefina; "Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género", Buenos Aires, Edhasa, 2004, pág. 79; GOFFMAN, Erving; "La presentación de la persona en la vida cotidiana", Buenos Aires, Amorrortu, 1971), en tanto no es posible disimular entonces los rasgos de la propia sexualidad, quedando ella librada a la percepción de la comunidad que, posiblemente, pese a que el travesti impresiona como de sexo femenino, la entienda amenazante y transgresora en relación a un sistema en donde sólo existen dos formas aceptadas de sexo.

En definitiva, no puede dejar de advertirse que el dominio de la sexualidad implica toda una serie de relaciones de poder subyacentes (BOURDIEU, Pierre; "La dominación masculina", Barcelona, Anagrama, 2000; FOUCAULT, Michel; "Historia de la sexualidad", 27ª edición en español, México, Siglo XXI, 1999, tomo I – "La voluntad de saber", págs. 126 y ss.; y VOORHIES, B. y KAY, Martín; "Sexos Supernumerarios",

en "La mujer: un enfoque antropológico", Madrid, Anagrama, 1978), que se encuentran enraizadas en el sistema familiar heterosexual y monógamo.

Y, si bien en el momento histórico en que nos encontramos, no resulta sostenible la emisión de juicio adverso sobre los derechos de las personas de constituir su sexualidad y vestir en consecuencia (al menos desde lo discursivo), "tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere (...) 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" (C.S.J.N., 21/11/2006, in re "Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c. Inspección General de Justicia", cit.), resultando que en casi toda América Latina el promedio de vida de los travestis no supera los 30 años (cf. BERKINS, Lohana; "Poner el cuerpo", en "Ardiente y pasional. Dolores y rebeldías de la Argentina misma", Buenos Aires, Ediciones Instituto Movilizador de Fondos Cooperativos C.L., 2004, pág. 56), y que la discriminación laboral suele empujar a tales personas derechamente hacia el ejercicio de la prostitución (FERNANDEZ, Josefina; op. cit., págs. 90 y ss.; PERLONGHER, Néstor; "La prostitución masculina", Buenos Aires, La Urraca, 1993; SOARES DA SILVA, Alessandro; BARBOZA, Renato; "Diversidade sexual, Gênero e Exclusão Social na produção da Consciência Política de Travestis", en Athenea Digital, núm. 8, 27 – 49, otoño 2005).

3. El marco normativo.

3.1. La normativa internacional.

3.1.1. La reforma de la Constitución Nacional promovida en 1994, ha otorgado a los tratados internacionales ratificados jerarquía superior a las leyes (art. 75, incs. 22 y 24, CN), y en algunos casos, jerarquía constitucional, haciéndose eco de la tesis expuesta precedentemente por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N., in re "Ekmekdjian c. Sofovich", en La Ley, 1992-C, 543 y ss.).

En síntesis, para que un tratado internacional ratificado sea aplicable en el ámbito interno de un Estado, ya no es necesario que exista una norma adicional que lo incorpore al Derecho interno (vide EKMEKDJIAN, Miguel; FERREYRA, Raúl; "La reforma constitucional de 1994", Buenos Aires, Depalma, pág. 321).

En consonancia con ello, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, se ha explicado que los Estados partes signatarios de los instrumentos de derechos humanos, tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos reconocidos en tales acuerdos (vide Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; "General comment. The right to the highest attainable standard of health", 11/08/2000, E/C.12/2000/4, N° 34-37).

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23/05/1969) dispuso, en su art. 27, que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (al respecto, vide DE LA GUARDIA, Ernesto; DELPECH, Marcelo; "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969", Buenos Aires, Fedye, 1970; y AMADEO, José Luis; "Tratados internacionales interpretados por la Corte Suprema", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000).

Todo lo antedicho constituyó un significativo avance en materia de derechos humanos, entendiendo que "son prerrogativas de los gobernados ante los gobernantes. Esos derechos se reconocen a partir de la convicción de que todos los seres humanos, por el solo hecho de serlo, tenemos dignidad, cualidad en virtud de la cual merecemos ser tratados con ciertos miramientos, ya que somos sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones y falta de consideración. Los derechos humanos constituyen una de nuestras más importantes conquistas, un logro irrenunciable precisamente porque -al ordenar la ley que la dignidad de todos debe respetarse- nos hace más humanos" (BARREDA SOLORZANO, Luis; "Los derechos humanos", México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, págs. 4 y ss.).

3.1.2. En lo que es de interés al sub examine, la cuestión de la orientación sexual se inscribió en el orden del día del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 2003, cuando la república de Brasil presentó un proyecto de resolución sobre derechos humanos y orientación sexual.

En los Tratados que integran el bloque constitucional argentino, puede apreciarse la incorporación de cláusulas vedando toda discriminación en razón de sexo o cualquier otra condición social, el deber de respeto de la intimidad, y el de respeto por el derecho a trabajar (así, arts. 2º, 5º y 14, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1º, 2º, 7º, 12 y 23, Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1º, 2º, 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; arts. 2º, 6º, 7º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 2º, 17, 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En 1994, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, que monitorea la

implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló también que la referencia al "sexo" que figura en los artículos 2.1 y 26 del referido Pacto, incluye la "orientación sexual" (U.N. G.A.O.R. Comm. Der. Hum., Sesión 15ª, Caso N° 488/1992, "Nicholas Toonen v. Australia", U.N. Doc. CCPR/c/50/D/488/1992; ver Informe del Comité de Derechos Humanos Volumen II, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Ginebra, 18 de octubre a 5 de noviembre de 1993; Período 50, United Nations Headquarters, 21 de marzo a 8 de abril 1994; Período 51, Ginebra, 4 a 29 de Julio de 1994; A/49/40; págs. 226-237, párr. 8.7).

En 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales produjo el Comentario 14, sobre el Derecho a la Salud, que en su párrafo 18 interpreta que la orientación sexual está incluida entre las causales mencionadas en los arts. 2.2 y 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esa interpretación es extensiva a todos los otros derechos garantizados por el Pacto. (E/C.12/2000/4, CESCR).

En este tema, y refiriéndose en general al principio de igualdad ante la ley, la Corte Interamericana ha dicho: "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 incurso en tal situación de inferioridad" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984).

La Organización Mundial de la Salud, que en fecha 17/05/1990 se actualizó según los criterios científicos consolidados, dejando atrás los prejuicios históricos que consideraban a la homosexualidad como una enfermedad psiquiátrica, también explicitó, en la Declaración de Derechos Sexuales que "Los derechos sexuales abrazan derechos humanos que ya se reconocen en las leyes nacionales, en documentos internacionales sobre los derechos humanos y otros documentos de consenso. Estos incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia a: (...) la elección de pareja (...) y perseguir una vida sexual satisfactoria y placentera".

También se ha entendido judicialmente que el derecho a la identidad sexual se encuentra inserto a su vez en el derecho a la identidad personal que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) reconoce (cf. Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 4ª Nominación, Rosario, 05/03/2007, in re "D.B.S.D."), explicitándose que "el derecho a la identidad sexual ocupa un lugar relevante en tanto constituye un importante aspecto de la identidad personal en la medida en que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto" (con cita de BIDART CAMPOS, Germán José; "El Derecho a la Identidad Sexual", en *El Derecho*, tomo 104, pág. 1024; y FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; "Derecho a la identidad personal", *Astrea*, 1992, pág. 291).

3.1.3. Va de suyo, en el ámbito del Derecho laboral, existen multiplicidad de fuentes convencionales internacionales que son de aplicación (cf. ACKERMAN, Mario E. – TOSCA, Diego M.; "Tratado de Derecho del Trabajo", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, tomo V, págs. 610 y ss.).

Específicamente, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (Río de Janeiro, 10/12/1998) prescribe que "Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo" (art. 1°; el encomillado simple es mío).

Por supuesto, la aplicación del Derecho comunitario en el ámbito de los Estados miembros, claramente se evidencia insoslayable (BOGGIANO, Antonio; "Introducción al Derecho Internacional. Relaciones Exteriores de los Ordenamientos Jurídicos", Buenos Aires, La Ley, 1995, págs. 100 y ss.).

3.1.4. Ha de remarcarse, asimismo, la importancia que tribunales extranjeros han otorgado a temas relacionados con prácticas discriminatorias fundadas en la identidad sexual de los individuos.

Así, se ha explicitado que "La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-101, 1998).

Otros pronunciamientos también han tenido oportunidad de expedirse al respecto (Corte Suprema de Canadá, caso "Egan c. Canadá", 1995; U.S. Supreme Court, caso "Romer vs. Evans", 1996; U.S. Supreme Court, "Price Waterhouse vs. Hopkins", 1989; U.S. Supreme Court, "Craig vs. Boren", 1976; Corte Europea de

Derechos Humanos, caso "Christine Goodwin vs. United Kingdom", Application 28957/95; v. asimismo Comisión Europea de Derechos Humanos, caso "Mark Rees vs. United Kingdom", Application N° 9532/81, 12/12/1984).

3.1.5. El Derecho comparado también nos muestra un interesante panorama al respecto.

3.1.5.1. Sudáfrica fue el primer país del mundo en contemplar el problema de la discriminación por orientación sexual en su Constitución (cláusula 9.3, 1997); siendo seguido por la Constitución del Ecuador (art. 23.3 - 1998); el Código Penal del Uruguay (art. 149 bis y ter - 2003); y la Ley 28.237 de Perú (art. 37 - 2004).

En Europa, la no discriminación por orientación sexual tiene status constitucional en los Países Bajos (art. 1°), Portugal (art. 13 - 2004) y Suiza (art. 8.2 - 1999), y el Parlamento Europeo, en su Resolución N° 924 de 1984, solicitó el cese de la discriminación en el trabajo, por motivos de orientación sexual. El Consejo Europeo en su Resolución N° R6 del año 2000 referida al estatus de los funcionarios públicos en Europa afirma que "No debe haber ninguna discriminación injusta fundada en (...) orientación sexual (...) sobre todo en cuanto al acceso a puestos públicos y la promoción en ellos" (párrafo 9). La Directiva que Establece un Marco General para el Trato Equitativo en los Empleos y Ocupaciones (Consejo Europeo, 2000/78/EC), vigente desde el 2 de diciembre de 2002 establece un "marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...) orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato". En el art. 3° se aclara que la Directiva deberá aplicarse tanto a los sectores públicos como privados.

Las siguientes naciones europeas penalizan la discriminación y la violencia motivadas por la orientación sexual a través de sus Códigos Penales: Bosnia Herzegovina (art. 141 - 2000); España (1995); Islandia (Sección 180, art. 19 - 1996); Lituania (art. 169 - 2000); Noruega (Párrafo 439 - 1981); Países Bajos (arts. 137 c, d, e, f - 1992); Rumania (Ordenanza del 31 de agosto de 2000).

3.1.5.2. En específica relación a la discriminación en el ámbito de trabajo en razón de orientación sexual, algunos países se han dotado de disposiciones legales por las que se la veda. Así, por ejemplo, los Estados miembros de la Unión Europea desarrollaron esta normativa en los últimos años, tras la adopción de la Directiva sobre la igualdad por la que se prohíbe, entre otros tipos de discriminación, aquella basada en la orientación sexual ("La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean - Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo", cit., pág. 47).

Asimismo, se ha regulado la cuestión a través de los siguientes instrumentos: en Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo N° 5292 (1999); en Canadá, la Ley de Derechos Humanos (artículo 3, 1996); en los Estados Unidos de Norteamérica, la Ley H.R.2692 de No Discriminación en el Empleo (Employment Non-Discrimination Act - ENDA) del 31 de julio de 2001; en Namibia, la Ley de Trabajo N° 6 (1992), Sección 107; en Sudáfrica, la Ley N° 55 (1998); en Israel, la Ley de Igualdad de Oportunidades (1992); en Australia, la Ley de Igualdad de Oportunidades (1991); en Nueva Zelanda, la Ley de Derechos Humanos (1993); en Dinamarca, las Leyes 289/87 y 459/96; en Eslovenia, la Ley de Relaciones Laborales (1998); en España, la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y Código Penal (1995); en Finlandia, la Ley de Contrato de Trabajo N° 55 (2004), Ley de Trabajadores de Altamar N° 423, 2004 y Código Penal (1995); en Francia, la Ley relativa a la lucha contra todas las formas de discriminación N° 2566/2001; en Irlanda, la Ley 21 de igualdad en el empleo (1998), y la Ley 10 contra despidos injustificados (1993); en Irlanda, la Ley 21 de Igualdad en el Empleo, (1998) y la Ley N° 10 contra Despidos Injustificados (1993), en Luxemburgo, el Código Penal (1997); en Malta, la Ley subsidiaria N° 452.89 de Interpretación de las Relaciones en el Empleo y la Industria (2003); en Noruega, la Ley N° 4 sobre el Entorno Laboral (1998), en los Países Bajos, la Ley General de Trato Igualitario, 1994 y Código Penal (1992); en República Checa, el Código de Trabajo (2000); en Suecia, el Código Penal (1999); y en Suiza, el Código de Obligaciones (2001).

En todos los casos, se aplican tanto al sector privado como al público. En los casos de Dinamarca, Irlanda y Suecia, las leyes en vigencia crean un doble estándar ya que las instituciones religiosas están exentas de aplicarlas.

3.2. La normativa nacional.

3.2.1. El art. 16, CN, expresamente dispone que todos los habitantes de la Nación Argentina son "(...) admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad (...)".

3.2.2. Por su parte, también ha de rescatarse que la ley 23.592 (B.O.R.A. 05/09/1988), prescribe que "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos" (art. 1°).

3.3. La normativa provincial.

3.3.1. La Constitución de la Provincia de Santa Fe, prevé expresamente el principio de igualdad (arts. 6° y 8°), explicitando que "El Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla. El individuo desenvuelve libremente su personalidad, ya en forma aislada, ya en forma asociada, en el ejercicio de los derechos inviolables que le competen (...)" (art. 7°).

3.3.2. Sobre la específica cuestión del sub lite, corresponde traer a colación el art. 93 del Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe (Ley 10.703, t.o. dec. 1283/03), que dispone que "El que se vistiere o se hiciera pasar por persona del sexo contrario y ocasionare molestias, será reprimido con arresto hasta veinte días".

Al respecto se ha dicho que, "como se advierte, la misma normativa nos indica que para la tipificación de la conducta descripta, se requiere que el imputado/a se encuentre promoviendo molestias (...). Resulta imperativa la comprobación de las molestias ocasionadas, ya que 'no es punible el hecho de que la persona se encuentre en la vía pública, vestido con ropa del sexo contrario'. Es que 'tal cuadro, por el hecho que disguste a un número indeterminado de personas, no por ello constituye una contravención', si además no va acompañado de las molestias por parte del agente. Al respecto, el constitucionalista Dr. Bidart Campos (...) señaló que las conductas 'autorreferentes' que no dañan a nadie no pueden configurar una infracción por el hecho de que no guste a determinadas personas. 'Lo contrario (...) afectaría el derecho constitucional a la identidad que incluye el derecho de vivir según la moralidad sexual de cada uno'" (FREIJO, José Luis; "Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe", Santa Fe, Jurídica Panamericana, 2003, pág. 164; el encomillado simple me pertenece).

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse, aseverando que "se requiere, (...) como requisito típico, un resultado concreto provocado por la conducta del sujeto, esto es, que 'ocasiona molestias' es decir, que perturbe o trastorne el orden y concierto normal de las cosas, que cause una impresión desagradable y enfado en el ánimo de terceros por medio de proposiciones deshonestas u otra actitud semejante -amén de su vestimenta- que inquiete o enfade al sujeto pasivo (estado anímico del agente pasivo captable objetivamente)" (Cám. Penal de Rosario, Sala I, 04/12/1992, en J.S. N° 2, pág. 140); también que "es necesario que a quien se le imputa tal aptitud cause molestias a otras personas. Es decir, que agrede a otro con aptitudes antisociales" (Cám. Penal de Santa Fe, Sala II, 08/08/1994, en Zeus, bol. 5043, tomo 66, res. 16.022); que "El hecho de que una persona vista con ropa diferente a su sexo, si bien puede no gustar a un determinado número de individuos, ello por sí mismo no constituye una infracción (...), si además no va seguido de aquellos comportamientos que sean susceptibles de crear las molestias requeridas en la norma; lo contrario llevaría a interrogarnos sobre aquellas vestimentas llamadas 'unisex' que no cuentan con una característica definida y uniforme y que son usadas indistintamente por personas de un sexo como de otro" (Juzg. 1ª Inst. de Circ. N° 13, Vera, 07/07/2000, in re "M., J. L. s/ inf. art. 87 de la Ley Pcial. 10.703 – Código de Faltas"); y que "la sola presencia de un hombre vestido de mujer en la vía pública por sí misma no ocasiona molestias. Causar molestias, es al menos el estado de incomodidad, perturbación o estorbo que provoca a terceros involuntarios la 'actividad intencional y deliberada' del sujeto activo. Dicho de otro modo es el resultado concreto provocado por la conducta del sujeto que causa una impresión desagradable y enfado en el ánimo de terceros, o más puntualmente todavía que inquiete, disguste o intranquilece al sujeto pasivo y que ello pueda captarse objetivamente" (Cám. Penal de Santa Fe, Sala I, 31/08/2001, en Zeus, tomo 91, reseña 20.298; el encomillado simple es mío).

3.4. La normativa municipal.

La ciudad de Rosario reviste el privilegio de posicionarse a la vanguardia de la protección en relación a las opciones sexuales de los individuos.

Al respecto, es de destacar que "En la Ciudad de Rosario se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación, exclusión, restricción o menoscabo por razones o con pretexto de raza, etnia, género, 'orientación sexual, identidad de género', edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción. Se promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona, su integración o su efectiva participación en la vida política, económica, cultural o social de la comunidad" (art. 1°, ordenanza 6321/96, texto según ordenanza 7946/05 que, según el art. 5°, debe ser expuesto en los lugares de acceso público referenciados; el encomillado simple me pertenece).

En el Código de Faltas municipal, se sanciona "Todo acto de discriminación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, 'orientación sexual, identidad de género', edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que tienda a la segregación, exclusión o menoscabo o que implique distinción (...)" (art. 604.8; el encomillado simple es mío).

También ha de resaltarse, en el marco de la Municipalidad de Rosario, la existencia del Area de la Diversidad Sexual (art. 1°, ordenanza 8045/06; reglamentada por decreto 958/07), con un programa amplio de apoyo a las personas de orientación sexual diferente; así como la existencia de un "Paseo de la Diversidad"

(ordenanza 8012/06); y un "día municipal contra la homofobia" (ordenanza 8166).

En fin, en este ámbito se halla garantizado además el derecho a pensión, equiparando "a la viuda o viudo, cuando el causante fuese soltero, el/la conviviente que hubiere vivido públicamente con el mismo en aparente matrimonio durante un mínimo de 5 (cinco) años anteriores al fallecimiento, 'con independencia de su orientación sexual o identidad de género' (...)" (art. 36, ordenanza 7919/05, texto según ordenanza 8004/06).

4. Filosofía del Derecho: los valores involucrados.

Aclarados los presupuestos psicológico, sociológico, y normativo, hemos de indagar sobre los valores involucrados en el presente caso.

Es que, si bien "En el marco teórico del positivismo dogmático, parece comprensible que se reconozca como el único estatuto epistémico apropiado al de la ciencia (...) [e]n los últimos años no solamente no se ha producido la 'muerte de la filosofía' preconizada hacia finales de los sesenta por diversas tendencias del pensamiento, sino que hemos asistido a un verdadero auge de los estudios filosóficos (...) [reclamándose] para la filosofía no un 'papel secundario' sino ser 'el nervio de la reflexión sobre el derecho'" (VIGO, Rodolfo Luis; "Interpretación Jurídica", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, págs. 39 y ss.).

Con clara afinidad kantiana, se enseñó que "El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de 'personalizarse'. La justicia no emite dictamen sobre cómo un individuo se convierte en persona" (GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., pág. 417).

Es decir, más allá de nuestro acuerdo o desacuerdo en relación a las decisiones personales adoptadas en la esfera de intimidad, lo cierto es que el papel del Derecho consiste en asegurar ese ámbito íntimo, a los fines de que cada sujeto decida cómo es que buscará personalizarse.

Ahora bien, en el marco teórico propuesto, un régimen democrático debe estructurarse en función de variados requerimientos, a saber: a) humanismo (el régimen debe tener por meta el desarrollo de la personalidad de los individuos a él sometidos); b) abstencionismo (cada individuo debe poder elegir cómo desarrollará su personalidad); c) igualdad (en tanto no puede existir democracia si no se aseguran iguales esferas de libertad a todos); y d) unicidad (puesto que cada uno de nosotros debe ser tratado como único).

Sólo con el debido respeto a todas esas condiciones, puede estructurarse un sistema democrático, al cual el Derecho debe su apoyo y fortalecimiento a través del adecuado control que busca evitar extralimitaciones, tanto del gobierno (protección a la que tiende el liberalismo político), como de los particulares.

Consentido lo antedicho, cabe destacar que la construcción de la propia sexualidad constituye un valor de autonomía, en tanto sólo es referido a uno mismo, mientras que el poder que se ejerce, tanto desde el Estado, como desde el empleador con sus facultades de dirección, se presenta como valor de heteronimia, en tanto pretende imponerse siempre sobre otro.

Es decir, en este esquema, habrá de prestarse especial atención al respeto por el valor de autonomía, con preferencia al valor heterónimo, cuya intromisión puede vulnerar un espacio de libertad que, desde el principio de justicia adoptado, y a los fines de la salvaguarda del sistema democrático, debe ser celosamente defendido.

En relación a lo referido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación "ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los jueces cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para una sociedad democrática como es la coexistencia social pacífica, cuya preservación asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función por parte de los tribunales de justicia traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1° y 33, Constitución Nacional). Por otra parte la decisión apelada ha intentado reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía reconoce el art. 19 de la Ley Suprema. (...) El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del 'derecho a ser diferente', pero no puede confundirse nunca con la 'igualación', que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental" (C.S.J.N., 21/11/2006, in re "Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c. Inspección General de Justicia", cit.).

Y asimismo que "La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca —como señaló el Tribunal en uno de los votos concurrentes de la causa 'Portillo' de Fallos: 312:496— a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad; unidad en la diversidad, en la tolerancia, en el mutuo respeto de credos y conciencias, acordes o no con los criterios predominantes. El art. 19 de la Constitución Nacional en combinación con el catálogo de garantías y derechos reconocidos no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra Ley Fundamental" (del voto del Dr. Fayt en el fallo citado).

Contundentemente, se ha aseverado que "existiendo un derecho fundamental, es necesario dar un argumento razonable y racional para limitarlo; en caso de duda debe optarse por la solución más permisiva en el sentido de que favorezca la autonomía personal y la libertad" (LORENZETTI, Ricardo Luis; "Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos de Derecho", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 459).

5. Las modalidades de la relación habida en el sub lite.

En oportunidad de la audiencia de trámite (cf. fs. 59 vta.), la demandada no exhibió, pese a encontrarse debidamente intimada a ello (fs. 28): a) planilla de horario y descanso; b) notificación del horario de trabajo conforme art. 10, CCT 84/89; c) Libro art. 37, CCT 84/89; d) tarjeta de horario de entrada y salida; y c) registros unificados de personal (art. 52 LCT).

Ello torna operativa las presunciones contenidas en los arts. 55, LCT, y 10 y 38, CCT 84/89.

5.1. Ahora bien, en relación a la fecha de ingreso, la actora afirma que fue en enero de 1997 (puesto que, si bien asevera la veracidad de la 1ª posic., fs. 59, luego aclara a fs. 59 vta. que estuvo desde enero de 1997 hasta diciembre de 1997 trabajando sin recibo de sueldo).

La demandada, a su vez, esgrime que el ingreso se produjo en fecha 01/12/1997 (fs. 50).

Pues bien, al respecto no existe prueba en autos que admita enervar la presunción tratada bajo el punto anterior, toda vez que la única testigo que se refiere a la fecha de ingreso es MRC, quien relató "(...) ser empleada de la peluquería desde el año 1997 (...)" (1ª resp., fs. 91 vta.) y que al actor "lo conoció como compañero de trabajo, y hacía muy poco que él estaba trabajando cuando yo entré" (2ª resp., ídem). Como puede apreciarse, la vaguedad del testimonio pretranscripto no revela elemento alguno de utilidad para dilucidar el punto bajo examen, ya que la testigo no da razón de su supuesto conocimiento de la fecha aproximada de ingreso del actor, al reconocer que el ingreso de la declarante es posterior a la del accionante.

Es por ello que, en virtud de la falta de presentación en la audiencia del art. 51, CPL, del libro previsto en el art. 52, LCT, tendré por cierto que el ingreso se produjo en enero de 1997, concordantemente a la afirmación de la actora al respecto.

5.2. En cuanto al horario de trabajo, indica el actor que desempeñaba una jornada de trabajo de lunes a viernes, desde las 8,30 horas y hasta las 20 horas, y los sábados de 8,30 horas a 18 horas (fs. 22).

Pese a ello, en ocasión de la prueba absoluta, asevera que el horario era "de 9 a 13,30 y 16 a 20 de lunes a miércoles, y de jueves a sábado de 8,30 a 20 hs., corrido" (2ª posic., fs. 59).

Es decir, tomando en cuenta los diversos reconocimientos parciales, y acotando entonces según los mismos, debo tener como afirmación de la actora, en relación a las dos versiones indicadas que: a) de lunes a miércoles su desempeño era de 9 a 13,30 horas, y de 16 a 20 horas; b) jueves y viernes, 8,30 a 20 horas; y c) los sábados de 8,30 a 18 horas.

La demandada, por su parte, controvierte tal cuestión, aduciendo que el desempeño era de martes a viernes, de 9 a 13 horas, y los sábados de 9 a 17 horas (cf. fs. 50 vta.).

Entiendo que asiste razón a la actora en la descripción de su horario, habida cuenta que CAP aseveró que el actor cumplía "'Día completo', no recuerda si cortaba al mediodía, pero 'cumplía con el horario comercial de la peluquería', que lo sabe porque él ha concurrido en distintos horarios y siempre lo encontraba (...)" (5ª resp., fs. 79). Y el horario de la peluquería se extendía de lunes a viernes, de 8,30 horas a 20 horas, y los sábados, de 8,30 horas a 18 horas (cf. 2ª posic. de la demandada, fs. 59 vta.).

HSB, a su vez, afirmó que "'yo por lo general iba de tarde por lo cual sé que a la tarde estaba', que alguna vez pasé y lo vi trabajando a la mañana (...) de mañana nunca se fue a atender pero que pasaba por ahí y lo he visto ya que se ve desde la calle y yo concurría a una agencia de empleos que hay enfrente de la peluquería (...) de mañana lo vi dos o tres veces, una vez por mes cuando iba a la agencia" (5ª resp., fs. 79 vta.).

Los testimonios de LAF y CMP no aportan dato alguno, puesto que siempre lo vieron al actor en la mañana, no deponiendo en modo alguno sobre qué sucedía a la tarde (3ª resp., fs. 80).

El único testimonio que indica que el actor no habría desempeñado tareas a la tarde es el de VDM, empleado

de la demandada (1ª resp., fs. 80 vta.), quien afirma que "él no trabajaba a la tarde que lo sabe porque él sí (...)" (3ª resp., ídem). Este testimonio se presenta aislado en relación a los de LAF que, por tratarse de clientes de la peluquería, entiendo que revelan clara imparcialidad.

Más aún, no habiendo presentado la demandada, en ocasión de la audiencia del art. 51, CPL, la planilla de horarios y descanso, la notificación del horario de trabajo (art. 10, CCT 84/89), el libro del art. 37, CCT 84/89, la tarjeta de entrada y salida, y los registros del art. 52, LCT, lo que conlleva la aplicabilidad de las presunciones contenidas en los arts. 55, LCT, y 10 y 38, CCT 84/89, la prueba en contra debía ser contundente, y no se vislumbra que el solo testimonio de Moscato, contradicho por otros dos testigos, se presente como concluyente al respecto.

Es por ello que tendré por cierto que el actor se desempeñó: a) de lunes a miércoles, de 9 a 13,30 horas, y de 16 a 20 horas; b) jueves y viernes, 8,30 a 20 horas; y c) los sábados de 8,30 a 18 horas.

5.3. En cuanto a la remuneración percibida, el actor refiere que oscilaba entre \$ 350 y \$ 370 por semana (fs. 22).

Ahora bien, en la CD 261270639 AR, de fecha 07/06/1999, el accionante aseveró que percibía un sueldo de \$ 250 por semana. Y en ocasión de la prueba absoluta, afirmó que percibía un sueldo de \$ 300 a \$ 350 semanales (3ª posic., fs. 59).

De todo ello surge que ha de limitarse la pretensión de la actora a la suma de \$ 250 semanales que afirmó en el intercambio telegráfico que percibía, atento no lucir explicación en autos que fundara la posterior aseveración de sumas diversas, realizada por la propia accionante. Es por ello que ha de tenerse entonces por pretendido, que se percibía la suma de \$ 1000 mensuales.

Frente a ello, la demandada remarca que el sueldo que abonaba ascendía a la suma de \$ 123 mensuales (fs. 50 vta.).

Advierto que no existe prueba en autos que enerve la presunción existente en favor de la afirmación del actor.

Nótese que, si bien el actor reconoce los recibos de sueldo reservados en Secretaría (cf. acta de fs. 59), lo cierto es que invoca la existencia de diferencias oblatas al margen de toda registración (fs. 22 vta.).

Es por ello que tendré por cierto que el actor percibía una remuneración determinada por un básico más el 25 % de cada corte y peinado realizado, abonándosele mensualmente la suma aproximada de \$ 1000.

6. El distracto.

El intercambio telegráfico se encuentra reconocido por las partes (escrito de responde, a fs. 53; acta de la audiencia de trámite, fs. 59 vta.).

De él surge que el actor remitió, en fecha 05/06/1999, telegrama 1031 por el cual denunció amenazas de despido motivado en modificaciones estéticas a su cuerpo, lo cual, entiendo, constituye discriminación y violación a derechos esenciales de la persona.

La patronal respondió mediante CD 244884226 AR, de fecha 07/06/1999, por la que aseveró "(...) Su falsa atribución de conductas que califica de: 1) amenazas, 2) de violación de sus derechos esenciales en cuanto persona, 3) de discriminación por cuestiones de apariencia física o sexual, 4) violación de la Constitución, Tratados Internacionales, y ley 23.592; cuando conoce perfectamente que nunca hemos incurrido en tales actitudes, y no obstante ello nos apercibe de accionar judicialmente, y responsabilizarnos por daños y perjuicios; produce total pérdida de confianza, altera el orden interno del ambiente de trabajo del establecimiento en el que Usted se ha desempeñado, y afecta moralmente a su empleadora, lo cual constituye gravísima injuria laboral, que impide la continuación de la relación de trabajo, motivo por el cual comunícole su despido, por su exclusiva culpa (...)".

Es decir, el despido se produjo invocándose un triple orden de motivos, en cuanto la intimación del actor habría producido: a) pérdida de confianza en razón de denuncia de situación discriminatoria con apercibimiento de acción judicial; b) alteración del orden interno del ambiente de trabajo del establecimiento; y c) afectación moral de la empleadora.

6.1. En cuanto a la pérdida de confianza, se ha dicho que "describe un estado de ánimo y constituye un suceso interno que, como tal, es irrelevante para el sistema jurídico; distintas conductas pueden, para distintas personas, motivar la pérdida de la confianza que debe existir para mantener un vínculo. No todos los hechos que provocan tal ánimo empresario resultan, sin embargo, alcanzados por tal concepto y definitorios de injuria. Es necesario que las conductas en juego merezcan un reproche intersubjetivo tal que pueda ser prácticamente aplicable a todos los casos" (ACKERMAN, Mario E.; TOSCA, Diego M.; "Tratado de Derecho del trabajo", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, tomo IV, pág. 214; también p. c. DE DIEGO, Julián A.; "La pérdida de la

confianza como causal de despido", en T. y S. S., IX-1231).

Pues bien, también ha de atenderse que "No son las partes del contrato de trabajo quienes están facultadas para calificar como injurioso el hecho determinante de la ruptura del nexo laboral sino el magistrado competente en orden a las circunstancias que el propio art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo enuncia en forma general" (C.N.A.T., Sala X, 10/08/2000, in re "GONZALEZ, José E. c. Orígenes A.F.J.P. S.A.", en DT, 2000-B, 2192); "La valoración de la injuria debe realizarla el juzgador teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad, hecho que para constituir una justa causa de despido debe revestir una magnitud de suficiente importancia para desplazar del primer plano el principio de conservación del empleo a que hace referencia el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo" (C.N.A.T., Sala VIII, 11/02/1991, in re "SANTAGADA, Juan c. Hierromat S.A.", en DT, 1991-A, 834).

Debo decir que francamente me resulta inatendible que pueda invocarse que se perdió la confianza para con el dependiente por la sola razón de una intimación a ajustar las conductas a lo previsto en las normas que vedan la posibilidad de discriminar (citadas en los considerandos que anteceden). Es decir, entiendo que todos los habitantes de la República Argentina tienen reconocido su derecho a peticionar trato digno, y encuentro que ello no puede, en modo alguno, sin más fundar un despido.

Si la empleadora tenía diferencias interpretativas para con su dependiente, en relación al respeto de normas específicas relacionadas a la discriminación, bien podía debatirlo sin necesidad alguna de extinguir el vínculo (arg. art. 10, LCT).

6.2. En cuanto al segundo fundamento del despido, esto es, la supuesta alteración del orden interno del ambiente de trabajo del establecimiento en razón de la intimación cursada, ninguna probanza se produjo en torno a la existencia de tal alteración, ni tampoco a la causalidad entre la intimación y la invocada alteración.

Ello es razón suficiente como para rechazar también esta causal como justificante del despido.

6.3. En fin, en cuanto a que la intimación habría producido una afectación moral de la empleadora, nuevamente no encuentro probanza en autos que avale tal dicho.

Es que, si bien toda intimación es susceptible en abstracto de producir algún desagrado, ello no puede erigirse en absoluto en causal de despido, cuando lo que corresponde, en su caso, es negar la procedencia de la intimación.

6.4. En cuanto a la invocación de supuestos hechos de conducta e inasistencia a sus labores (fs. 51 vta.), al no haber integrado el intercambio epistolar, constituyen cuestiones que no pueden ser analizadas en función de la regla de invariabilidad de la causa de despido (art. 243, LCT).

Y aun cuando tuviera en consideración el episodio del que da cuenta el acta de denuncia de fs. 105 y vta., lo cierto es que constituye una cuestión ajena a la relación laboral, y no ha probado la demandada (amén de no haberlo invocado como causal de despido) que hubiera habido alguna repercusión negativa en el ámbito de trabajo. Nótese que, al respecto, M indica que "no hizo escándalo el actor en la peluquería" (9ª resp., fs. 81), y G refiere que "me enteré del hecho a través de él" (9ª resp., fs. 91 vta.).

6.5. Por todo lo antedicho, tengo por cierto que el despido en autos fue incausado.

7. Los rubros reclamados.

En función de lo antedicho, y en relación al reclamo de autos, cabe distinguir lo siguiente.

7.1. En tanto no consta en autos su efectivo pago, se receptan los rubros: diferencia por días laborados en junio de 1999; e indemnización por descanso compensatorio (arts. 7º y 8º, CCT 84/89, en función de considerar probado que el actor laboró los días lunes).

7.2. Procediendo cualquiera fuere la causal del distracto (arts. 123 y 156, LCT), y habida cuenta de su pago insuficiente, se acogen los rubros: diferencia por SAC proporcional; y diferencia por indemnización proporcional por vacaciones no gozadas.

7.3. Tratándose de un despido incausado (cf. punto 6.4 de los presentes considerandos), se hace lugar a los rubros: indemnización por antigüedad; indemnización sustitutiva de preaviso; e integración mes de despido.

7.4. En cuanto al reclamo por diferencias salariales, deberá la perito contadora actuante proceder al recálculo de las mismas.

Para ello deberá tener presente que: a) el actor percibía un sueldo compuesto por un básico y 25 % de cada corte y peinado realizado, abonándosele mensualmente la suma aproximada de \$ 1.000; y b) que debía percibir un básico como ayudante (categoría laboral que no ha sido controvertida) más el 27 % (art. 29, CCT 84/89) de cada corte y peinado realizado.

7.5. En referencia a las indemnizaciones con sustento en los arts. 10 y 15 de la ley 24.013, las mismas deben

ser receptadas.

Es que se encuentra probado que el actor percibía una remuneración menor a la consignada en la documentación laboral (art. 10, ley 24.013), habiendo intimado la corrección de la registración (según art. 11, ley 24.013; mediante CD 261270639 AR, de fecha 07/06/1999), y produciéndose el distracto dentro del lapso temporal previsto en el art. 15 del citado cuerpo normativo.

8. La discriminación en el despido y el daño moral.

Reclama el actor una indemnización por daño moral en función de actitud discriminatoria.

8.1. El art. 245, LCT, establece un sistema objetivo en torno a la reparación de los daños derivados de un despido incausado por lo que, en principio, la indemnización tarifada comprende el resarcimiento de todos los perjuicios ocasionados, sean éstos patrimoniales o morales.

Digo "en principio", porque no comparto la extrema postura que considera que la tarifación queda limitada a lo patrimonial y, en consecuencia, abre irrestrictamente la vía del reclamo moral, ni -va de suyo- aquella otra que entiende que la indemnización por despido prevista legalmente siempre y en todos los casos satisface los daños causados.

Me ubico, entonces, en lo que la doctrina denomina "tesis intermedia" (MOSSET ITURRASPE, Jorge; "Daño moral en la extinción del contrato de trabajo", Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, tomo 2000-1, págs. 181 y ss.), la que descarta tanto la proscripción de todo daño moral vinculado al despido, como su pertinencia en base en las resonancias espirituales de todo despido arbitrario, sin excepción alguna.

Esta postura justifica la reparación adicional cuando se trata de daños morales nacidos de hechos distintos al simple despido, originados en hechos extracontractuales en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella, daños que resultarían indemnizables aun en ausencia de una relación laboral, daños producto de un obrar culposo o doloso del empleador.

De tal modo, no obstante que las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales o morales que la pérdida del empleo puede haber ocasionado al trabajador, sería procedente el pago de un plus por daño moral -excepcionalmente- cuando la actitud de la empleadora al disolver el vínculo excede el ámbito contractual para ingresar en el de la ilicitud dolosa o culposa (S.C.B.A., 23/03/82, en D.J.B.A., 123-10; 25/10/94, en D.J.B.A., 147-7109; 26/08/97, en La Ley Buenos Aires, 1997-1254; C.N.A.T., Sala V, 24/11/93, en DT, 1994-A, 742; C.N.A.T., Sala VI, 26/02/99, en DT, 1999-B, 1816; C.N.A.T., Sala VIII, 27/07/81, en Jurisprudencia Argentina, 982-IV, 277, entre muchos otros en similar sentido) y que sería reparable aun en ausencia de una relación laboral (C.N.A.T., 15/12/95, en DT, 1996-B, 1484).

8.2. En el sub examine consideré que la invocación que la demandada realizó para proceder al despido (cf. punto 6 del presente decisorio) no tiene asidero jurídico alguno.

Lo que corresponde, en consecuencia, es conocer si, bajo esa razón aparente, existió otra, relacionada con la orientación sexual o de género del actor. Entiendo que así fue.

Es que, de la propia contestación de demanda, surgen elementos que no integraron el intercambio epistolar, pero que iluminan la conducta de las partes en el caso.

Y aclaro que debe tenerse presente que "en materia de discriminación la obtención de pruebas directas que acrediten la misma es harto dificultosa. La discriminación generalmente se encuentra en la motivación de las causas expresadas, pero no en la causa misma. Quien decide un despido por razones de la raza, la religión, el sexo, etc., del empleado, usualmente no expresa la causa del despido o invoca una causa ficticia (por ej., 'reorganización') que no exterioriza los motivos. Esta dificultad probatoria debe ser tomada en cuenta por la legislación y los tribunales, pero siempre observando la protección de los derechos subjetivos constitucionales de defensa en juicio y debido proceso de todos los litigantes" (SCHICK, Horacio; "La tutela del despido discriminatorio", en La Ley del 18/05/2007, pág. 6).

Es por ello que se ha decidido que "sólo se puede requerir al trabajador que incorpore indicios concordantes de que el acto empresarial lesiona un derecho fundamental. (...) ha de acreditar la existencia de algún elemento que sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. (...) Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios" (del voto del Dr. Zas en C.N.A.T., Sala V, 21/12/2006, in re "ARECCO, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A.").

Es que "esta interpretación permite superar la asincronía tan frecuente entre el Derecho Sustancial y el procesal, en cuanto a la vigencia de los principios especiales de nuestra disciplina. Las exigencias probatorias

desproporcionadas desconociendo la desigualdad material que afecta al trabajador antes y durante el proceso, pueden convertir en meramente decorativo los mejores derechos con protección legal o constitucional" (SCHICK, Horacio, op. y loc. cit.).

8.2.1. La patronal indicó, en relación a la disminución de tareas que sufrió el actor, que "el trabajo en una peluquería es variable e incluso estacional, no pudiendo entonces invocar la parte actora que la empleadora le haya coartado sus posibilidades de trabajar con fundamento en una actitud discriminatoria. La disminución del trabajo en negocios de tal rubro, que se caracterizan por tener una atención esmerada y especializada, dependen en su mayor parte de factores externos y ajenos a la responsabilidad del propietario o empleador; y por tanto si MC sintió como disminuida su actividad dentro del ámbito laboral, ha sido seguramente una cuestión generalizada y provisional" (fs. 50 vta.).

Pues bien, tal argumento es de todo ángulo inatendible y no resiste el menor análisis.

Es que, nótese, la producción de cabello en el ser humano es constante, no pudiendo alegarse que estacionalmente la comunidad toda decida su corte, modificando así la regularidad del trabajo en una peluquería.

Huelga decirlo, no hay una "época de corte" (cual si se tratara de un ciclo análogo al agrario) que modifique la continuidad laboral de una peluquería.

Todo lo estacional que hay en una peluquería puede predicarse, en estos términos tan latos, de cualquier ocupación.

8.2.2. Sigue diciendo la patronal que el actor le planteaba "diariamente (...) su pretensión de travestizarse para ir a trabajar, ya que siempre concurrió y laboró vestido de varón. La accionada entendió ante tales planteos que debía ejercer su poder de dirección (...) Este juicio es válido en cuanto deba ser referido al orden interno de la empresa e implica, proyectando sobre los derechos de organización, de dirección y de modificación de las condiciones de trabajo, que el dependiente no puede hacer prevalecer su juicio sobre el del empresario. La decisión de no permitir que el actor varíe su aspecto exterior en las horas de trabajo, no sólo no es cuestionable sino que es legítima en la órbita contractual; ya que al respecto juegan los principios de razonabilidad, no alteración del contrato e indemnidad" (fs. 50 vta. y ss.).

El testigo G reafirma tal punto, indicando que "el Sr. MC quería ir vestido de mujer a trabajar y que la patronal no se lo permitió (...)" (8ª resp., fs. 91 vta.).

Ahora bien, de los diversos instrumentos normativos citados en la primera parte del presente decisorio (puntos 3.1.3 y 3.1.4), entiendo que la pretensión del actor habría contado con asidero normativo, en relación a normas de jerarquía superior (constitucional) a las que regulan el poder de dirección invocado por la empleadora (legal y, por ende, infraconstitucional). Y reitero, no existía razón alguna para proceder al distracto, no habiendo imposibilidad de continuar debatiendo la especie con el vínculo vigente.

También debe tenerse en cuenta que "Si bien el empleador cuenta con facultades genéricas para organizar su actividad (art. 66, LCT), 'tales facultades no alcanzan la definición de lo que ha de entenderse como injuria'" (ACKERMAN, Mario E.; TOSCA, Diego M.; op. cit., pág. 200).

En fin, la aplicabilidad de un poder de dirección en torno a la vestimenta tampoco responde, en las especialísimas circunstancias del sub lite, a motivos que, razonablemente apreciados en función de una especial tarea o lugar de desempeño, lo justificaren.

8.2.3. La patronal también aseveró que "nos encontramos ante un tema laboral pero con particularidades psicológicas, ya que la homosexualidad en un medio laboral no merita que sea tratada meramente desde el punto de vista normativo sino también y fundamentalmente desde el ámbito psicológico" (fs. 51; reiterado en la pieza de alegato, a fs. 123 vta.).

Por cierto que corresponde el análisis de los diversos elementos psicológicos involucrados, como lo hice supra en la presente sentencia, a los fines de comprender el cuadro en general. Ahora bien, que de tal afirmación se deduzca alguna clase de diferencia de trato en función de las características personales de alguna de las partes, es inferencia que no comparto en absoluto.

En relación a diversos estudios promovidos por la Organización Internacional del Trabajo, se ha explicitado que "nada de extraño ni de perjudicial en advertir, y apreciar, la diferencia que hace del 'otro', o de la 'otra', un elemento enriquecedor. Pero cuando de lo que se percibe como diferente se hace una barrera más o menos hermética, un motivo o criterio 'objetivo', o simplemente una excusa, para reducir a otros seres humanos a una situación de inferioridad, o para mantenerlos en ella, se ha pasado la frontera que separa la diversidad enriquecedora de la discriminación que envilece a quienes la practican y humilla a quienes la padecen" (VON POTOBOSKY, Gerardo W. – BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G.; "La Organización Internacional del Trabajo", Buenos Aires, Astrea, 1990, pág. 379).

8.2.4. Siguió diciendo la patronal que "consideramos que realmente existieron de parte del actor interferencias afectivas en su ansiedad y deseo de modificar las condiciones contractuales establecidas con la demandada, provocándole fantasías sobre un inexistente trato discriminatorio de parte de la empleadora al no poder concretizar sus deseos" (fs. 51 vta.).

Desde ya que resulta totalmente subjetiva la consideración que antecede y, por cierto, si el actor no pudo concretizar sus deseos, fue también imputable a la empleadora que utilizó su poder de dirección a efectos de privarle de lo que las normas de jerarquía constitucional le otorgaban.

8.2.5. Por último, la propia demandada reconoce que el actor siempre se comportó con corrección (4ª posic., fs. 59 vta.), aun cuando aclara que ello "con respecto a su profesión".

El interrogante se impone entonces. ¿Y a qué otro aspecto podía referirse la empleadora?

Si MC era tan buen empleado en relación a su profesión, ¿por qué se lo despidió invocándose razones que bien podrían haber sido debatidas sin necesidad de extinguir el contrato de trabajo?

Los testigos también coincidieron en afirmar que el actor era un buen peluquero (4ª resp. de P, fs. 79), que la relación "conmigo al momento que me atendía era buena que no sabe con otros clientes. Que con sus compañeros de trabajo también era buena la relación. También tenía buena relación con la patronal. Que yo tengo un taller de joyería y el actor me presentó a la demandada quien se interesó en mi trabajo. Que además en general lo que vi que todo el grupo y los dueños existe una relación cordial (...)" (7ª resp., fs. 79).

B afirmó que el actor "fue el único que le encontró la vuelta para cortarle bien el pelo (...)" (4ª resp., fs. 79 vta.), y que "con la clientela la relación era buena. Que lo sabe por lo que veía mientras espera que lo atendiera a él. Que con los compañeros también era buena. Que a la dueña la veía poco y nada que sí veía una buena relación con un hombre que estaba en la caja (...)" (7ª resp., fs. 79 vta.).

M, a su turno, indicó que el actor "no tenía mal trato ni con la clientela, ni con otros empleados (...)" (5ª resp., fs. 80 vta.), aun cuando, al referirse a las modificaciones que el actor promovió en su cuerpo, indicó "había gente que no le gustaba que la patronal se mantenía muy acéptica en ese tema (...)" (sic, 4ª resp., fs. 80 vta.).

Todos estos testimonios dan cuenta de la existencia de un desempeño correcto de parte del actor, desvaneciéndose el intento de la demandada por mostrar un empleado conflictivo.

8.2.6. De todo lo antedicho, deduzco que, por más que pretenda encubrirse el extremo, en el despido tuvo un peso decisivo la orientación sexual y de género del actor, y su voluntad de construir su sexualidad de un modo diverso a lo que la empleadora estaba dispuesta a tolerar.

Va de suyo, siempre se entiende que la situación del actor se mostró irresistible, es decir, que no se evidencia como fruto de una libre elección antojadiza ni de una provocación para con la empleadora, y que al no poder superarla, se vio frente a una realidad que forma parte de su personalidad, y que por ello, debe ser susceptible de comprensión y reconocimiento.

Así, los pretendidos fundamentos en que el despido se basó, se revelan aparentes, surgiendo una forma de discriminación basada en un concepto dogmático, rígido y prejuicioso de la realidad.

Por respetables que sean las personales opiniones morales de la empleadora, asumo que éstas no pueden prevalecer sobre las normas constitucionales ni con ellas se puede nutrir la elaboración dogmática de conceptos en forma contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales a ella incorporados.

8.2.7. Finalmente, ha de advertirse que la consideración de que el actor comenzó a "autodiscriminarse, en su diario proceder antisocial y de inconducta laboral" (fs. 51), importa un juicio de censura sobre su comportamiento e implícitamente una justificación de la actitud discriminatoria, con lo cual, en todo caso, se enfrenta abiertamente contra las disposiciones constitucionales citadas.

De más está decirlo, el argumento en torno a la falta de declaración, por parte del actor, al inicio de la relación, de su condición de homosexual y travesti, es de todo punto de vista impropio, por configurar una pretensión enfrentada con el derecho a la intimidad por el que todos los ciudadanos estamos protegidos (arg. art. 1071 bis, Cód. Civ.).

8.3. Aun cuando se asume que la discriminación en función de la orientación sexual constituye un valor negativo dentro de la sociedad, es significativo que en el Régimen de Contrato de Trabajo no está prevista especialmente como causal de despido (sin perjuicio de lo normado en los arts. 17 y 81, LCT).

Y si bien cuando no resulta aplicable al sub examine (arg. art. 5º, ley 25.013, B.O. 03/10/1998), cabe referir que el art. 11, ley 25.013, creó una nueva figura: el despido discriminatorio originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial, mientras que, a su turno, el art. 1 del decreto 1111/98 (B.O. 24/09/1998) observó el primer párrafo del artículo citado, eliminando, entre

otras, la voz "orientación sexual", en función de haber considerado excesivo incluir otras figuras distintas a las oportunamente previstas por el Poder Ejecutivo Nacional (Mensaje N° 296, del 18/03/1998).

Por tanto, se ha entendido que el despido discriminatorio "se repara con la indemnización tarifada (...) aunque podría configurar -en determinados casos- daño moral (...). Lo correcto hubiese sido sancionar toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en el trabajo y no limitarla a algunas causales. (...) Si bien el art. 11 de la ley 25.013 tipifica las causales de despido discriminatorio realizando una enumeración pretendidamente taxativa (...) la existencia de una regulación particular en la ley 25.013 no significa que el trabajador no pueda acudir a una norma de orden general referida a la discriminación como la ley 23.592 -Ley Antidiscriminatoria- para defender sus derechos" (GRISOLIA, Julio Armando; "Régimen indemnizatorio en el contrato de trabajo", Rosario, Nova Tesis, 2001, págs. 188 y ss.).

Pues bien, en relación a los actos discriminatorios, en precedente jurisprudencial se ha establecido que el art. 1° de la ley 23.592 otorga acción al trabajador damnificado para reclamar la reparación del daño moral y material ocasionados por actos de discriminación, explicitando que es evidente "la pérdida de tranquilidad y seguridad que sufrió un trabajador despedido por ser portador de H.I.V., y a los efectos de evaluar el importe del daño moral que le corresponde por tal decisión rescisoria se debe tener en cuenta (...) la angustia vivida en razón de los actos discriminatorios que produjeron el distracto" (Cám. Nac. Civ., Sala C, 17/12/1999, in re "M., M. A. c. Bagley S.A. y Otros" en DT, 2001-A, 106).

Así, una vez más "queda ratificado el criterio interpretativo de que el derecho civil (en este caso la ley 23.592) actúa como supletorio del derecho del trabajo, aplicándose sus reglas en forma subsidiaria, en la medida que se considera la ausencia de una norma laboral expresa y que esa aplicación está sujeta a la adaptación del Derecho Civil a las exigencias o conveniencias del derecho laboral, es decir, que debe existir un acomodamiento a los principios generales y especiales del derecho del trabajo" (SCHICK, Horacio, op. y loc. cit.). Ello no desplaza la competencia de este Tribunal, toda vez que "Corresponde a la Justicia (...) del Trabajo seguir entendiendo en la demanda de daño moral derivada de la extinción del vínculo laboral, ya que tramitándose entre las partes un juicio de despido, es razonable que ambos reclamos tramiten por ante el mismo magistrado, a fin de evitar sentencias contradictorias" (C.S.J.N., 14/03/2000, in re "VIÑOLES, María A. c. AVERBUCH, Mario", en La Ley, 2001-C, 975).

8.4. En otro orden de ideas, acreditado el acto discriminatorio, "La prueba del daño moral es 'in re ipsa' esto es, que surge inmediatamente de lo ocurrido, sin que tenga que guardar proporción con los demás perjuicios admitidos" (C.N.A.T., Sala I, 18/02/1994, in re "R., R. H. c. Manliba S.A.", en DT, 1994-B, 1634), y "responde al sufrimiento, al dolor, los sentimientos, las dificultades causadas por la acción padecida y no se requiere que su entidad sea probada, siendo facultad judicial su determinación" (C.N.A.T., Sala I, 31/03/1993, in re "MAYER, Patricio c. Santa Rosa Agropecuaria S.A.", en DT, 1993-B, 1159).

Es que "Ante un acto discriminatorio corresponde acoger el reclamo por 'daño moral' toda vez que de conformidad a lo dispuesto por los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, 1° de la ley 23.592 y 1044 y 1056 del Cód. Civil, un acto discriminatorio produce los efectos de un acto ilícito. (...) El interés protegido por el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo es básicamente moral, en tanto procura evitar que el dependiente sea colocado, sin causa justificada, en situación desdolorosa dentro del ámbito empresario por lo que el trato discriminatorio justifica la procedencia de la reparación del daño moral (...) aun cuando no se acredite que haya mediado dolo, culpa, negligencia o ligereza por parte del empleador" (C.N.A.T., Sala X, 31/12/1997, in re "MONSALVO, Jorge O. c. Cafés Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. S.A.", en DT, 1998-A, 1237).

Claro está, ello no obsta a que "La suma que debe determinarse en concepto de daño moral no colocará a quien lo peticiona en la misma situación que se encontraba con anterioridad al hecho que generó el daño, pero de todas formas no se trata de compensar el dolor con dinero, sino de otorgar a la víctima cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida, a fin de mitigar sus padecimientos" (Cám. Nac. Civ., Sala C, 17/12/1999, in re "M., M. A. c. Bagley S.A. y otros", en La Ley, 2001-E, 115).

Y como "La responsabilidad por daño moral causado por una conducta ilícita debe medirse teniendo en cuenta todos los datos: el ofensor, el ofendido, el lugar y el tiempo en que la conducta se ha manifestado" (C.N.A.T., Sala VI, 01/07/1998, in re "COLIMAN MARIQUEO, Juan E. c. Transportadora Latinoamericana Ltda.", en DT, 1998-B, 2421, con nota de Néstor Rodríguez Brunengo), ponderando los datos presentes en autos, teniendo en cuenta la arbitrariedad de la medida en torno al ámbito de trabajo de que se trata y la protección legal de jerarquía constitucional que amparaba al actor, entiendo que resulta razonable fijar el monto debido por daño moral en una suma igual a la debida por la indemnización por antigüedad⁹. El monto correspondiente surgirá de planilla a practicar por el actor de acuerdo a las pautas fijadas precedentemente.

Constituyendo un hecho público y notorio el alto costo del dinero en el mercado financiero que se traduce en

tasas de interés ubicadas entre el 25% y 40 % anuales del monto sobre el que se aplican, estimo justo y equitativo fijar en los presentes un interés del 1,5 % mensual, desde que es debido el capital como adecuada compensación por el daño adicional que se originaría en caso de mora del deudor, en el marco de inestabilidad financiera actual, y ante la imposibilidad de su uso por el actor como consecuencia del incumplimiento de la demandada. A partir que quede firme la liquidación final, los intereses indicados se aplicarán con capitalización mensual (C.C. art. 623).

10. En cuanto a las costas causídicas, deben ser impuestas en su totalidad a la demandada (art. 101, CPL).

Por lo que antecede, Fallo: 1) Hacer lugar a la demanda en su totalidad y condenar a DAM, en su carácter de titular de la peluquería "LC", a pagar al actor, dentro de los CINCO DIAS, la totalidad de los rubros reclamados; por el monto que surja de la planilla a practicarse de conformidad con los considerandos que anteceden, con más los intereses allí fijados; 2) imponer las costas a la demandada. Los honorarios se regularán oportunamente. —Enrique Girardini.