



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen

Número: IF-2023-133833477-APN-DAVIC#INADI

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Jueves 9 de Noviembre de 2023

Referencia: DICTAMEN.-

Dictamen N° 1091/2023

EX-2023-56814659- -APN-INADI#MJ

"L H d S C/ Genzyme de Argentina S.A"

Llegan las actuaciones a esta Dirección de Asistencia a la Víctima con el objeto de que se determine si los hechos denunciados encuadran dentro de las previsiones de la Ley N.º 23.592 (B.O. 5/9/88), normas concordantes y complementarias.

- I -

DESCRIPCIÓN DEL CASO

A Orden 3 figura la denuncia, en la cual el Sr. H manifestó haber sido discriminado por la firma para la cual trabajaba, Genzyme de Argentina S.A.. En tal sentido, refirió que vive en el país desde 2021 (el denunciante es de nacionalidad brasileña y trabajó en otras locaciones de la empresa en distintos países latinoamericanos) y que recién establecido en Argentina decidió comunicar su orientación sexual

a las autoridades de la empresa y asimismo informar que encararía el proceso de ser padre a partir de una gestación solidaria.

El denunciante señaló que pese a haber informado de manera continua a sus superiores jerárquicos en relación con sus decisiones, fue despedido sin causa en febrero de 2023, apenas unos meses antes de que naciera su hijo. El denunciante afirmó en el escrito que creía firmemente que su despido obedeció a su orientación sexual.

Asimismo, el denunciante manifestó que la empresa se negó a cumplir con todas las solicitudes que efectuó (costos del nacimiento de la criatura, tratamiento de reproducción humana asistida- pese a que sí se abonan tales gastos a las personas heterosexuales -, entre otros.

Por último, el Sr. H refirió que ya en abril de 2023 desde la empresa se negó su paternidad pese a que en aquella se sostiene una política de igualdad de género en las licencias parentales.

A Orden 32 obra el descargo de la parte denunciada, firmado por el apoderado E B, en el cual se rechaza la denuncia y se brinda otra versión de los hechos aludidos por el Sr. H.

En tal sentido, tras brindar los antecedentes laborales del denunciante y especificar las características, objetivos y requerimientos del puesto para el cual fue contratado, en el escrito se afirmó que a partir del mes de mayo del año 2022 se observó una merma en el rendimiento laboral del denunciante (falta de compromiso, agresividad en el trato con compañeros/as, etc.) por lo cual primero se le informó la necesidad de un cambio, más tarde se le impuso una sanción oral notificada por correo electrónico y finalmente una sanción escrita. Por último ante la falta de respuesta del denunciante, se lo despidió sin causa, según se afirmó en el escrito, puesto que no se podía esperar que el Sr. H continuara su merma laboral hasta que existiera la justa causa para su despido dado que eso resentiría a la empresa.

Respecto a la orientación sexual del denunciante, se afirmó en el escrito que cuando el Sr. H ingresó a la empresa no declaró su orientación sexual aunque desde la misma se tenía el "presentimiento" que era gay porque había denunciado a un hombre como beneficiario de un seguro de vida.

Asimismo, a mediados del año 2021 envió un mail adjuntando su certificado de casamiento con otro hombre, solicitando que no se hiciera público. En el escrito de descargo se hizo hincapié en que la orientación sexual del denunciante fue conocida intuitivamente desde que comenzó a trabajar en la empresa y oficialmente al poco tiempo pero que nada tuvo que ver con la decisión de sancionarlo y despedirlo.

Por último, en el escrito se aclaró que la empresa denunciada tiene una política de Diversidad e Inclusión y una política de inclusión de la

comunidad LGTBI+, y que lo aludido por el denunciante en relación a su orientación sexual como motivación de su despido es falso en su totalidad, ya que no fue contextualizado más que de forma vaga. En tal sentido, se negó que hubiera algún tipo de notificación por parte del denunciante de que iba a tener un hijo, más allá de que en la empresa se sabía de manera informal.

También se afirmó en el escrito que el denunciante jamás solicitó que se cubrieran los gastos relativos a técnicas de reproducción humana asistida y asimismo se aseguró que era falso que la empresa costeara este tipo de gastos en empleados heterosexuales. También se negó que la empresa se hubiera rehusado a sufragar los gastos del nacimiento del hijo del denunciante habida cuenta de que este fue despedido antes de que se produjera dicho nacimiento.

En estas condiciones, pasan las actuaciones para su dictamen.

- II -

ADVERTENCIA PRELIMINAR Y ALCANCE DEL PRESENTE

A modo de premisa esencial, debe delimitarse el ámbito de competencia del INADI, tendiente a determinar la existencia o inexistencia de un acto o conducta discriminatoria en los términos de la Ley N.º 23.592, normas concordantes y complementarias, y, en consecuencia, establecer el curso de acción correspondiente conforme lo establecido en la Ley N.º 24.515 (B.O. 3/8/95).

Debe señalarse que la actividad probatoria obrante en estas actuaciones administrativas es indiciaria, a los fines de establecer el encuadre normativo de la situación fáctica descripta.

- III -

ENCUADRE NORMATIVO

La Constitución Nacional consagra el derecho a la igualdad, en sus artículos 16 y 75, incs. 22 y 23. Es precisamente el artículo 75, Inc. 22 el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez incluyen el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1 y 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 y

26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2, 3 y 7; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1).

A fin de evaluar un acto o práctica discriminatoria debe recordarse que la Ley N° 23.592 establece en su Artículo 1 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.*"

refiriéndose en general al principio de igualdad ante la ley, la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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)

También, en un plano regional, en la Declaración N° 10 del MERCOSUR, se ha reconocido a los trabajadores la igualdad efectiva de derechos, trato de oportunidades en el empleo y ocupación e incluye explícitamente "el sexo u orientación sexual" como motivo de no discriminación.

Sumado a todo ello, los principales instrumentos sobre derechos humanos enumeran en términos casi idénticos las formas de discriminación prohibidas por el derecho internacional. Así, la Declaración Universal y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, tanto como la Convención Americana, prohíben la discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u otra, origen nacional, origen social, posición económica y nacimiento. Además la Declaración Americana prohíbe expresamente la discriminación racial, sexual, lingüística, y religiosa, conteniendo también una cláusula que prohíbe "cualquier otra forma de discriminación". Por lo tanto, la protección que se desprende de esta Declaración no puede considerarse menor que la que surge de textos más elaborados, como lo son los instrumentos mencionados.

De este modo, no quedan dudas de que la Legislación Internacional sobre Derechos Humanos protege a todas las personas por igual. En este sentido, todos los grupos de individuos deben gozar de manera

igualitaria del amplio espectro de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así, la protección de los derechos humanos, de las personas, gays, travestis, transexual, transexuales e intersex, se fundamenta en un marco de Derechos Humanos según el cual todas las personas merecen igual respeto, dignidad cualquiera sea la situación. Conf. Beto de Jesús, Ficha 03/2007, "Diversidad sexual, identidad y género". Publicada por el Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, Dirección de Derechos Humanos, Edición amparada al decreto 218/96.

Asimismo, mediante la reforma constitucional de 1994, la prohibición de discriminar negativamente fue incorporada expresamente en diversos institutos. En este sentido, la reforma establece un sistema de contención contra formas expresas o implícitas de discriminación negativa, específicamente, con relación a las orientaciones sexuales.

- IV -

ELEMENTOS PROBATORIOS. ANÁLISIS DEL CASO

En cuanto a los elementos probatorios aportados, a Órdenes 3/18 obra un aporte documental de la parte denunciante consistente en: copia de DNI; copia e impresiones del intercambio telegráfico entre las partes; intercambio de correos electrónicos entre la parte denunciante y la aseguradora de salud en torno a la cobertura de los gastos del proceso para tener un embarazo por gestación solidaria; copia una publicación de prensa en la cual se afirma que Sanofi Argentina implementa 6 meses de licencia parental paga para sus colaboradores sin distinción de género; copia de un Certificado Médico que acredita que el Sr. Hrealizó un tratamiento de "fertilización asistida de alta complejidad"; copia de un informe médico que acredita un cuadro de ansiedad atravesado por el denunciante en febrero del año 2023; copia de un Certificado Médico en el cual una psicóloga da cuenta del cuadro de ansiedad aludido en una fecha cercana a la referida anteriormente y fotografía de un correo electrónico enviado por el denunciante para notificar a las autoridades la fecha probable de nacimiento de su hijo.

A orden 32 obra el aporte documental de la parte denunciada, consistente en: copia de la póliza de Seguro de Vida del denunciante; copia del certificado de OSDE; copia de cinco correos electrónicos relacionados con lo traído bajo estudio; copia de la Política de Diversidad de la empresa; copia de la Política de Paternidad de la empresa; copia de la Política Gender Neutral Policy y copia de la carta

documento de despido.

A Órdenes 39/42 obran las actas de declaraciones testimoniales producidas en lo actuado

A Órdenes 48/49 obran los alegatos de ambas partes.

En relación con el análisis de lo traído bajo estudio, lo primero que conviene aclarar es a qué se referirá este escrito de manera puntual y cuáles son sus límites. En tal sentido, la opinión del presente dictamen se limitará a desentrañar si el despido del denunciante fue motivado directa o indirectamente en su orientación sexual, y no se analizarán otras cuestiones surgidas del propio acto jurídico del despido (como el monto de la indemnización, posibles deudas de la empresa con el denunciante etc.).

Tal como ya se dijo, el denunciante señaló en la presentación que fue despedido de la empresa denunciada en virtud de su orientación sexual. A este respecto, afirmó que una vez conocida dicha orientación sexual (el Sr. H es gay) fue discriminado en la empresa de, al menos, tres maneras distintas: en primer término agresiones y represalias verbales de las autoridades, en segundo lugar mediante la negativa de la empresa a cubrir los gastos para el tratamiento de reproducción humana asistida que encaró el denunciante a fin de tener un hijo y, finalmente, por el despido sin causa que sufrió. Estos tres modos de discriminación alegados por el denunciante serán analizados a la luz de lo obrante en lo actuado.

Respecto al primer punto señalado por el denunciante, el mismo afirmó lo siguiente: "*experimenté comentarios y represalias verbales por parte de superiores y representantes legales de la empresa*" (ver a Orden 3). Dichos comentarios y represalias, según el relato del denunciante, se referían a su orientación sexual.

De acuerdo a lo actuado, no constan en lo actuado elementos probatorios siquiera indiciarios que permitan comprobar de manera inequívoca los comentarios alegados por el denunciante, lo que no equivale por cierto a afirmar que dichos comentarios no se hayan producido.

En tal sentido, debe tenerse presente un aspecto elemental en este tipo de situaciones y que radica en la dificultad que presentan generalmente para ser probadas, habida cuenta de la propia naturaleza de los hechos. Dicho de otra manera, es harto evidente que en los tiempos que corren las expresiones homofóbicas o discriminadoras en general, sobre todo en el ámbito laboral, no son reproducidas en términos explícitos ni delante de testigos que pudieran dar cuenta de ellas, puesto que las consecuencias que acarrear efectivamente son gravosas en el marco de un vínculo laboral.

Lo anterior sugiere, en efecto, que en la mayoría de los casos análogos al denunciado, suele existir cierta astucia o sutileza a la hora de

materializar esta clase de agresiones, maltratos o acosos. A este respecto resulta necesario y relevante destacar que en las declaraciones de los testigos aportados por el Sr. H (los Sres. T y C) se señalaron, en primer lugar, maltratos generales hacia el personal por parte de superiores jerárquicos y, respecto al denunciante en particular, una serie de burlas caracterizadas por la *sutileza* y relacionadas mayormente con una hipotética dificultad idiomática del Sr. H (quien no había vivido en nuestro país ni hablado el idioma castellano en forma habitual hasta el año 2021) para la comunicación.

A este respecto, ambos testigos manifestaron (en términos similares, verosímiles y contextualizados puntualmente) conductas burlonas o insidiosas de otras personas hacia el Sr. H en el marco de reuniones laborales. Como ya se hizo alusión, dichas burlas (propias de colegiales, o al menos impropias del personal de una empresa seria) tuvieron como blanco una presunta dificultad del denunciante para comprender algunas frases en castellano a través de diferentes conductas irónicas.

Pero merced a la esencia de lo declarado por ambos testigos, esencia caracterizada por la persistencia de la sutileza aludida, no puede descartarse tampoco que hayan existido las alusiones a la orientación sexual del denunciante, puesto que se infiere de las declaraciones señaladas que la sutileza de los maltratos impedía en cierta forma la comprobación del maltrato en sí mismo o de su carácter particular.

En relación con el segundo punto señalado, el denunciante se agravió de que la empresa no cubriera los gastos del tratamiento de reproducción humana asistida encarado por él y su pareja y también consideró esta actitud de la firma como una arbitrariedad para con él motivada en su orientación sexual.

De lo actuado surge una especie de debate sobre los alcances de la cobertura médica brindada por la empresa (de forma tercerizada obviamente), más específicamente sobre los beneficios por maternidad, que el denunciante quería hacer extensivos al cuerpo gestante que llevó adelante el embarazo de su hijo. Dicho debate se observa materializado principalmente en un intercambio de correos electrónicos (ver a Orden 10) entre el Sr. H y diferentes empleados/as de la empresa de seguro médico implicada.

El punto principal de este intercambio residió precisamente en la desavenencia entre las partes respecto a si la cobertura de la empresa de seguro médico contratada por la empleadora del denunciante alcanzaba a "las madres sustitutas en el caso de los beneficios por maternidad". En tal sentido, se disputó el sentido del articulado correspondiente y la parte denunciante solicitó, sin éxito al parecer, el fundamento de la exclusión de los beneficios para un cuerpo gestante en un caso como el suyo, que decidió ser padre junto a su pareja del mismo género,

situación en la cual, por supuesto, resulta imposible en principio que haya una "madre" pues ninguno de los dos son mujeres, quienes resultan las beneficiarias exclusivas de la cobertura específica.

Ahora bien, lo que se podría objetar o reprochar en este caso debería versar necesariamente en la legalidad, equidad y/o legitimidad de la cobertura de salud brindada por Signa. Y aunque este análisis se realizara en el presente escrito no tendría ningún efecto en relación con la empresa denunciada, ajena efectivamente a la cobertura aludida.

Por supuesto, nuestro Organismo no puede obviar una opinión respecto a la normativa de la cobertura de salud en el presente caso, que ciertamente es muy amplia y otorga beneficios a personas emparentadas con los/as titulares pero no contempla la situación emprendida y atravesada por el denunciante y su pareja, provocando (con o sin intención) una pauta discriminatoria en tanto no se encuentra la figura del cuerpo gestante por gestación solidaria entre las figuras femeninas que sí ingresan en la cobertura de gastos por maternidad.

El último punto a analizar de los señalados por el denunciante es el despido sin causa que efectivamente sufrió el Sr. H. Como ya fue mencionado, en la denuncia el Sr. H afirmó creer que el despido respondió a su orientación sexual mientras que la postura de la empresa consistió en negar de plano la motivación insinuada y asegurar que el despido se produjo por la merma en el rendimiento laboral del denunciante.

En cuanto a la prueba aportada por cada una de las partes a efectos de acreditar su postura, debe decirse que la parte denunciada presentó copias de correos electrónicos institucionales en los cuales se notificaban y comentaban situaciones alusivas al rendimiento laboral del denunciante, a la forma en que desempeñaba su liderazgo, a ciertas decisiones tomadas por él, etc.

A *prima facie*, la alegación de una baja garrafal en el rendimiento del Sr. H zanjaría la cuestión de cualquier otra causa o razón para el despido del denunciante, pero en el caso particular deben atenderse a algunos aspectos que deshacen esta argumentación.

En primer lugar, la alegada baja de rendimiento del Sr. H no se encuentra acreditada en lo actuado de modo inequívoco. Los correos electrónicos presentados por la parte denunciada no alcanzan de ninguna manera a conformar una prueba palmaria de un rendimiento deficitario tan grave como para generar un despido.

En segundo término, y estrechamente relacionado con lo anterior, el Sr. H fue contratado por la empresa como un trabajador brillante (sostenido por sus profusos antecedentes) y destinado a un puesto importantísimo en la empresa. Si bien es posible una merma en el rendimiento de cualquier trabajador/a, cuesta pensar un descenso tan

abrupto en la labor del denunciante que justifique elegir el despido como primera medida formal a aplicar. A esto debe sumarse que las opiniones de quienes fueron empleados a cargo del denunciante no se condicen con ninguna mengua categórica en el desempeño del Sr. H y que, como ya se dijo, dicha mengua tampoco fue probada fehacientemente, puesto que el puñado de correos electrónicos presentados por la parte denunciada es insustancial frente la opinión de quienes fueron personal a su cargo.

En tercer término, si bien la parte denunciada arguyó que el motivo de despido del H fue la mentada baja en su rendimiento, lo cierto es que la medida tomada fue un despido *sin causa*. En este sentido, la explicación de los denunciantes respecto a la modalidad del despido se basó en justificar la falta de causa para ahorrar tiempo en el proceso de desvinculación, debido a que la hipotética permanencia de H en su puesto mientras se aplicaban otros tipos de medidas disponibles y esperables, tanto formales como informales, en estos casos, hubiera continuado la generación de daños en su área.

Esta argumentación de la parte denunciada (que, es necesario insistir, no se encuentra respaldada por pruebas decisivas) puede ser índice de varios aspectos o hechos diferentes. A saber, por un lado puede ser leída como un gesto propio de la opulencia económica de la empresa denunciada, que escogería abonar una indemnización mayor a un empleado eminente, contratado no mucho tiempo antes, por una suerte de impaciencia combinada con falta de confianza respecto a alguien que ya había demostrado su eficiencia, recordando que la parte denunciada refirió una *baja* en el rendimiento de H *en un momento dado* y no un desempeño decepcionante en general.

A su vez, puede leerse este accionar de la empresa como una actitud fraudulenta que, escudada en la libertad de contratación y despido sin causa, elegiría esta modalidad para no dar cuenta de las verdaderas razones de la desvinculación.

Por último, puede también entenderse esta conducta como un acto de indolencia y apatía absoluta respecto a las variables vitales y emocionales de un empleado que atraviesa un proceso complejo que es conocido por la empresa.

En efecto, si se considera cierta la postura del descargo realizado por la empresa denunciada y asimismo las consideraciones de los/as testigos que presentó, puede concluirse que existió (como ya se aludió, *en un determinado momento*) una merma en el rendimiento del Sr. H y que por eso fue despedido en verdad, más allá de la modalidad de despido incausado que se utilizó.

Ahora bien, ¿Cuál fue el momento en que comenzó la supuesta caída en el desempeño de H? De lo actuado se puede concluir que en fechas de estricta correspondencia con el comienzo del proceso emprendido por el

denunciante y su pareja para tener un hijo.

Desde este punto de vista, incluso teniendo por verdadero lo argüido por la parte denunciada, lo que se manifiesta de manera implícita es una conducta discriminatoria por orientación sexual en tanto la complejidad del proceso llevado a cabo por el denunciante y su pareja fue ocasionada precisamente por ser gay, es decir, por no estar alcanzados por la cobertura de salud debido a las razones ya analizadas.

Dicho de otro modo, el proceso aludido se volvió tortuoso para el Sr. H por su orientación sexual; de otro modo habría estado cubierto por el servicio de salud de la empresa. Así las cosas, la actitud de la empresa no sólo denota una indolencia absoluta en general hacia las vicisitudes de sus empleados/as que, al menos por ahora, son seres humanos, sino que evidencia una clara actitud rigorista y punitivista, por decirlo de algún modo, hacia el Sr. H debido a la situación que sufrió, y que sufrió precisa y únicamente por ser gay.

- V -

CONCLUSIÓN

Por los motivos expuestos, considero que la conducta denunciada se encuadra en los términos de la Ley N.º 23.592, normas concordantes y complementarias precedentemente citadas, como conducta discriminatoria.

- VI -

RECOMENDACIONES

Se recomienda notificar el presente dictamen de opinión a la empresa de seguro de salud implicada a los fines de que arbitre los medios necesarios para modificar sus planes de cobertura al fin de incluir la figura de cuerpo gestante por gestación solidaria (o figuras análogas) entre sus beneficiarias por cuestiones de estricto sentido común y equidad jurídica.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.09 20:26:07 -03:00

Tatiana Hirschhorn
Coordinadora
Dirección de Asistencia a la Víctima
Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL
ELECTRÓNICA - GDE
Date: 2023.11.09 20:26:07 -03:00