

ESTÁNDAR PROBATORIO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN

“La violencia racial, de género, sexual y otras formas de discriminación y violencia, no pueden ser eliminados sin cambiar la cultura”

Charlotte Bunch

María Elena Arriazu¹

Sumario: I. Exordio. II. Carga probatoria. III. Doctrina judicial de los tribunales inferiores. IV. Postura de nuestro máximo tribunal nacional. V. Reflexión final.

Palabras clave: Estándar probatorio. Discriminación. Doctrina judicial

1. Exordio

El presente trabajo se ocupa de afirmar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado doctrina judicial laboral sobre asuntos extraños a la materia federal en fallos emitidos por ella, luego de habilitar la instancia especial, reivindicando sus propios criterios sobre la arbitrariedad de sentencia. Tan es así que, en un considerable número de pronunciamientos, en los cuales se debatían asuntos de temática laboral, la mentada Corte subrayó de manera enjundiosa la autoridad institucional de sus precedentes, evidenciando la pretensión de ejemplarización de sus decisiones, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

En esta línea de pensamiento, tuvieron un protagonismo estelar la Carta Magna y las normas internacionales, tanto los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) como los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro orden superior por el constituyente de 1994, por imperio del art. 75, inc. 22 C.N.

Así, la vocación del máximo tribunal nacional de dar fuerza coercitiva a sus precedentes puede verse como una contribución a la seguridad jurídica, pero lo cierto es que frente a los casos en que la doctrina sentada por la Corte con pretensión de obligatoriedad transita por el ámbito excepcional de la arbitrariedad de sentencia, el tribunal eminente no oficia como intérprete de la Constitución, los tratados y las leyes cuya validez haya sido cuestionada, sino de normas de derecho común.

En especial, produjo un derecho judicial que generó verdaderas innovaciones en materias laborales como la discriminación, con declaración de nulidad del despido originado en un móvil discriminatorio en el caso “Álvarez”, con la consecuente definición de la apli-

1 Abogada y Notaria (UCC); maestranda en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales UNTREF; Fundadora y Secretaria de la Asociación Civil “Espacio Nacional de Jóvenes Académicos del Derecho del Trabajo”; adscripta a la cátedra de DTySS, FACE,UNC; autora de diversas publicaciones

cabilidad de la ley 23.592 a la relación de trabajo, la fijación de reglas probatorias de la motivación discriminante en los fallos “Pellicori” y “Sisnero” y el estándar probatorio o las reglas para tener por acreditada la discriminación por actividad sindical en autos “Varela” y “Fontana”.

II. Carga probatoria

En cuanto a la carga de la afirmación, es deber primario del actor el cuidar concretar en la demanda la conducta que determina la responsabilidad atribuida al accionado.

Se trata, además, de un pilar que hace al principio de congruencia y que da pábulo a la prueba: ella debe aludir a los hechos controvertidos y conducentes; y sobre estos últimos el juez podrá ejercer facultades de investigación; pero sólo en el marco de la propuesta sometida a la instancia anterior podrá el tribunal posteriormente expedirse.

La contracara es el deber del demandado, de la carga de la negación que debe ser fundada.

A modo de ejemplo, si el actor alega determinada categoría en función de las tareas que denuncia, no le basta al demandado con negar, debe decir cuál le corresponde.

Es así que la doctrina moderna pugna por la sanción de quien viola el deber procesal de exposición.

Trabada, entonces, la relación procesal puede ingresarse al estudio de la carga probatoria, por lo que encontré atinado abordar el tratamiento que ha merecido la problemática en el ámbito de la discriminación por parte de nuestro máximo órgano jurisdiccional nacional.

En materia de trato discriminatorio, los tribunales han convalidado podríamos decir la “flexibilización” de la carga probatoria, en función del nivel en donde está operando la conducta discriminatoria: lo oculto.

La exigencia de la prueba directa del motivo subyacente puede constituir un obstáculo insuperable para la reparación del perjuicio causado.

Así, el compromiso con la búsqueda de la verdad real es un imperativo de la justicia que debe adecuada protección a los derechos humanos fundamentales en juego.

Así lo ha expresado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. con referencia al Convenio 111 sobre Discriminación.-

Entonces, el trabajador deberá aportar indicios suficientes y entonces el empleador deberá demostrar que la extinción se produjo por un hecho objetivo alejado de la imputación -máxime a la luz de normas tales como el art. 9° de la L.C.T. que resolverá la cuestión aún en el caso de duda-.

Por ello era importante aclarar la secuencia lógica -afirmación - negación - precisión-, pues la negación fundada compromete la conducta de la parte en el pleito y su responsabilidad en la etapa probatoria, ya que es sabido que la carga no se distribuye en función de la posición de actor o demandado (ni determina quien debe probar), sino que juega en atención a las posturas que se adoptan en el pleito para determinar quién va a salir perjudicado si no se prueba.

Entonces, al tocar la carga probatoria, se distingue técnicamente la inversión de la carga probatoria con la precisión de la carga probatoria; tal es este último caso del trato discriminatorio, en los supuestos de aplicación de los arts. 17, 72, 81 y 172 L.C.T., Ley de Actos Antidiscriminatorios 23.592, arts. 14 bis, 16 y 75 inc. 22 C.N. y Convenio 111 de O.I.T. ratificado por Argentina, entre otros, con cita de algunos fallos emblemáticos de la C.S.J.N., que sin entrar a un análisis profundo, voy a centrarme estrictamente a la cuestión probatoria:

Cuando hablamos de discriminación, la asociamos inmediatamente a los derechos fundamentales que son aquellos derechos humanos que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han reconocido como indispensables y que necesariamente deben estar expresados en los documentos, básicos y superiores y que componen el conjunto de derechos esenciales de la persona.

III. Doctrina judicial de los tribunales inferiores

En cuanto a la necesidad de aportar indicios del trato discriminatorio por trabajador, se dijo: "Así, la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 C.P.C.C.N., ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causas previstas en esta ley -raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.-, deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste; y queda en cabeza del empleador acreditar que, el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio, si median indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos" (C.N.A.T., Sala II, 07/07/05, "Cresta, Érica Viviana c/ Arcos Dorados S.A. s/ Daños y perjuicios" y Sala VIII, 30/11/07, "Cáceres, Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/ Juicio sumarísimo").

"En materia de despidos en los que se alegan motivos discriminatorios, corresponde seguir el criterio que inclusive rige en sede civil -en donde el principio protectorio y las normas adjetivas que hacen a la facilitación de la prueba en el proceso no son aplicables-, según el cual no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, pues basta a tal efecto con indicios suficientes en tal sentido -conf. art. 163 inc.5 C.P.C.C.N.-. En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos" (C.N.A.T., Sala II, 07/08/17, "Oliva, Carlos Ignacio y otro c/ Cosméticos Avon S.A. s/ Juicio sumarísimo").

En torno a la procedencia del despido discriminatorio por actividad sindical, se resolvió: "Con relación a la prueba, no corresponde exigir al trabajador la plena prueba del motivo discriminatorio, bastando que se aporten indicios suficientes y concordantes en el sentido expuesto y en tal contexto debe estarse a la carga dinámica de las pruebas, o sea, quien se encuentre en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar quedando a cargo del empleador la justificación

de que el acto obedece a otros motivos y no a una actitud discriminatoria. Por tanto, quien se considere afectado deberá demostrar que resulta lesionado por el acto que cuestiona y el empleador deberá acreditar que el despido tuvo como causa un motivo distinto para resolver el vínculo. En el caso se trata de un despido directo con invocación de causa efectuado el 03/9/15 -de un trabajador con fecha de ingreso 01/11/04-, donde el actor sostiene que el despido obedeció a su participación activa en actividades políticas y gremiales, tal como lo señala en el escrito de inicio. Por su lado, la empresa sostiene que en la planta se implementó un plan de reforma que culminó con la salida de personal de nivel gerencial y algunos operarios con un marcado mal desempeño, entre los que se encontraba el actor. Retomando lo expresado anteriormente, con relación a la carga dinámica de las pruebas ya se anticipó que en materia de despido discriminatorio basta que el trabajador proporcione indicios *razonables relativos a la concreción de esa ilicitud para que se invierta la carga de la prueba -conf. Doctrina de la C.S.J.N. en 'Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal', del 15/11/11, Fallos: 334:1387-. En consecuencia, cabe determinar si el despido, constituye un acto discriminatorio lesivo de la libertad sindical que viabilice la aplicación de la ley 23.592. El texto legal se refiere a actos u omisiones discriminatorios determinados entre otros por la "ideología, opinión política o gremial,....". La demandada sostiene -en su responde y lo mantiene en el escrito de expresión de agravios- que se limitó a hacer uso de la facultad extintiva prevista en el art. 245 L.C.T., porque el Sr. Lell 'no cumplía con los objetivos de trabajo, por su falta de colaboración ... y que el despido nada tiene que ver con cuestiones políticas o sindicales, ya que jamás efectuó o manifestó actos o ideas políticas gremiales ...' ... fundamento que reitera en la expresión de agravios. Las declaraciones de Ali Emiliano Aníbal ..., Ramírez Pablo Alfredo ..., Jara, Jorge Alberto ..., Silvestri Pablo Aníbal ... y Zunzunegui ..., valorados a la luz de la sana crítica conjuntamente con la prueba documental que obra en el sobre agregado por cuerda, cuya autenticidad llega firme a esta Alzada ... acreditan que el actor tenía activa participación en la agrupación gremial Marrón, así como también era militante del Partido de Izquierda. Que dichas circunstancias eran de público y notorio conocimiento en la accionada por lo que pese al esfuerzo desplegado por los testigos de la demandada ... no podían ser desconocidos por la patronal -arg. arts. 163, inc. 5 y 386 C.P.C.C.N.-. Por su lado la parte demandada, tal como ya lo adelantara la Sra. jueza a quo no aportó prueba idónea tendiente a acreditar 'el bajo rendimiento laboral del demandante' en el que fundó la desvinculación pues no exhibió el legajo personal del trabajador que obraba en su poder, argumento sobre el cual no se efectuó una crítica concreta y razonada en la expresión de agravios lo que genera convicción suficiente acerca del proceder antijurídico en el que incurrió la empresa al disponer la disolución del vínculo con el trabajador de acuerdo a lo previsto en el art. 1 ley 23.592" (C.N.A.T., Sala I, 04/08/17, "Lell, Walter Hugo c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. s/ Juicio sumarísimo").*

"Tal como lo he sostenido en otras oportunidades, incluso como Juez de 1ª Instancia -en autos "Areco, Maximiliano c/ Praxair S.A. s/ Juicio sumarísimo", S.D. 10.991, del 23/06/06, del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo 37-, no cabe duda que resulta aplicable la Ley 23.592 a las relaciones laborales; norma que no sólo se encuentra avalada ya por la C.N. de 1853 por los arts. 14 y 16, luego por el art. 14 bis C.N. y además hoy día, a partir de la reforma constitucional de 1.994 -art. 75, inc. 22-, encuentra sustento en normas internacionales que garantizan el principio de igualdad: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la

Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; asimismo, la discriminación arbitraria está expresamente vedada por los Convenios 87, 98 y 111 de O.I.T., y por la Declaración Sociolaboral del Mercosur; y la Ley 26.485 y su Dec. reglamentario 1011/10 de Protección Integral a las Mujeres, normativa que tiende a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los cuales desarrollen sus relaciones interpersonales -entre los que, claramente, se encuentra el ámbito laboral-. A ello se suman los pronunciamientos del Alto Tribunal en esta materia en las causas "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cenconsud S.A. s/ Acción de amparo" -del 07/12/10- y "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados" -del 15/11/11-, ratificados recientemente en autos "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo sindical" -del 04/09/18-. En "Pellicori" se sostuvo que, de conformidad con la normativa internacional ratificada por nuestro país y lo dispuesto por los órganos de aplicación, ante los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas de discriminación y la exigencia de protección efectiva que cabe otorgar en tales casos resulta suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación... todo ello examinado a la luz de la 'sana crítica'. Aunque aclara el Tribunal que lo expresado no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, en ese supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el 'prima facie' acreditado. Sentado lo expuesto, y en orden a dichas pautas, debo decir que las pruebas reunidas en la causa dieron cuenta de que D. H. sufrió las situaciones de hostigamiento y discriminación de las que dijo haber sido víctima, como así también indicios relevantes que permitieron inferir una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedirla, justificando así el pago de un resarcimiento adicional a las indemnizaciones por despido -v., en sentido similar, esta Sala in re "Sciammarella, Ana María c/ Fundación Sanidad Naval Argentina s/ Despido", S.D. 105.581, del 28/02/19-" (C.N.A.T., Sala IV, 29/03/19, "D. H., R. J. c/ Aegis Argentina S.A. y Otro s/ Despido").

"Es que, habiéndose demostrado la participación del actor en la convocatoria al paro nacional de la U.O.M. para el 30/07/09, la extinción del vínculo -exclusivamente de Ruíz Lacreu- constituyó un indicio claro de que se trató de una represalia por la actividad sindical desplegada. En este sentido, se expidió el Máximo Tribunal de la Nación, in re 'Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo' -C.S.J.N., P 489 XLIV, 15/11/11-, atribuyendo la carga probatoria al empleador cuando se acreditan hechos que, 'prima facie' evaluados, resultan idóneos para inducir la existencia de discriminación. El contexto fáctico apreciado por el juzgador lo condujo a encuadrar el despido del actor en lo dispuesto por el art. 1 Ley 23.592, el cual, ordena reparar el daño moral y material ocasionado por el comportamiento abusivo -art. 1.071 C.C.-, que excede la relación contractual y menoscaba el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. Frente a ello, la pretensión de que el despido 'sin causa', en realidad obedeció a problemas personales del accionante con los socios de la firma de apellido Bonetto, deviene tardía si al contestar la demanda esgrimió facultades de organización" (T.S.J.Cba., Sala Laboral, Sent. 105/16, 20/10/16, "Ruíz Lacreu, Sebastián c/ Talleres Industriales SBZ S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3125326)").

Mientras que en relación a la improcedencia del despido discriminatorio por actividad

sindical, se dispuso: *“Para que la labor desplegada por una persona involucrada o interesada en la cuestiones que afectan al conjunto de trabajadores pueda llevar a calificarla como un ‘representante sindical de hecho’ es necesario que, por lo menos, su actuación haya involucrado intereses colectivos o que su labor haya tenido una incidencia de ese carácter puesto que, más allá de que el activismo que invoca hubiera sido ejercido a raíz de la situación padecida por los trabajadores de su sector, lo cierto es que para vincular el acto que se reputa discriminatorio con el factor sensible que se alega -activismo gremial-, es necesario demostrar la calidad que erigiría al demandante en un sujeto especialmente vulnerable a eventuales actos segregatorios o peyorativos, lo que no es posible predicar en la especie, en tanto no se ha demostrado la naturaleza colectiva o de representación de la actividad desplegada y mucho menos, su carácter público”* (C.N.A.T., Sala II, 18/08/09, “Braun, Ricardo Jorge c/ Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación s/ Juicio sumarísimo”).

“Tampoco el mero hecho de que el despido haya sido resuelto sin expresión de una causal, permite vincular a la decisión adoptada con un acto de discriminación por motivos sindicales puesto que, como lo ha sostenido esta Sala, entre muchos otros, aun cuando la decisión patronal pudiera no compartirse, no cabe presuponer que esa actitud encubra una motivación claramente antisindical, si no se aportaron indicios suficientes como para validar tal conjetura” (C.N.A.T., Sala II, 07/05/10, “Castro, Brenda Leticia c/ Casino Buenos Aires S.A. Cía. de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ Juicio sumarísimo”).-

“Cabe destacar que la imposición de la carga de la prueba en este tipo de supuestos en que se alega el trato discriminatorio, resulta coherente con lo dispuesto por los arts. 17 y 81 L.C.T. y con la doctrina que al respecto sentó la C.S.J.N., in re ‘Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes’ y más recientemente, en la causa ‘Pellicori, Liliana S. c/ Colegio Público de Abogados s/ Amparo’ antes citada; criterio que, en principio, no se ha visto conmovido a través de la normativa constitucional y supra-legal aplicable, puesto que no se ha interpretado de manera disímil tal tópico por los organismos de control de la O.I.T., ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o la Declaración Universal de Derechos Humanos no se oponen a la interpretación propiciada, y a través de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo -O.I.T., 1998- se han establecido las bases para el compromiso internacional en torno al alcance de las garantías que emergen de los convenios fundamentales -entre los que se encuentran los relativos a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo- pero nada se ha dispuesto con relación al modo en que deben aplicarse las cargas probatorias en el proceso, las que, necesariamente, en lo que respecta a la configuración de un trato discriminatorio apoyado en la invocada calidad de ‘activista sindical’, se encuentran a cargo de quien lo alega, quien al menos debe aportar elementos indiciarios en tal sentido. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación -empleo y ocupación- de 1958, ratificado por Argentina, señala que sólo en ciertas circunstancias, la carga de la prueba de la discriminación no debe corresponder al que la alega. El trabajador tiene la carga de aportar, un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación -Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación-. En sentido similar se ha expedido la C.S.J.N., en autos ‘Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal’, del 15/11/11 y también esta Sala, en autos ‘Sotelo, Ramón Olegario c/ Wall Mart Argentina’, del 25/04/12. En síntesis de las consideraciones

expuestas, en casos como el que aquí se analiza, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial configuró un obrar discriminatorio en razón de su actividad sindical, es decir que para ello no es suficiente la mera invocación de tales extremos fácticos, sino que es necesario que se acompañen elementos de prueba que permitan inferir su existencia, es decir, que aun cuando no creen plena convicción sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, induzcan a creer racionalmente justificada su posibilidad. En el caso de autos, por las razones que seguidamente expondré, estimo que el trabajador no ha aportado indicio alguno con respecto a la invocada actividad sindical, por lo que no corresponde admitir la inversión del onus probandi” (C.N.A.T., Sala II, 13/07/18, “Pérez, Patricio Hernán c/ ESPN Sur S.R.L. s/ Juicio sumarísimo”).

Por su parte, en atención a la improcedencia del despido discriminatorio por juicio contra empleador, se señaló: *“El juzgador, presumió la conducta censurable a partir del reclamo judicial que Loyola inició en procura de ser resarcido de manera integral y desestimó la reorganización invocada por la empleadora al no constatar reducción de personal. Sin embargo, la circunstancia que le permitió afirmar la existencia de un ‘despido discriminatorio’, en la causa, deviene enervada por otro hecho que excluye la motivación presumida. Es que, si la situación que nos convoca, indica que, efectivamente, la demandada de manera contemporánea y con posterioridad a la ruptura con Loyola, tomó idéntica decisión afectando una proporción importante de su personal, ello obró de conraindicio relevante que permite concluir que la presunción sostenida por el a quo, carece de la consistencia necesaria, a los fines de evidenciar una conducta persecutoria. Asimismo, la transformación alegada, no necesariamente se traduce en reducción de personal. Por otra parte, aun descalificada la razón expresada -reestructuración-, no existió ilícito adicional, en perjuicio del trabajador, ya que la empresa hizo uso del sistema legal vigente, a fin de reparar su determinación unilateral, abonando el equivalente a una desvinculación sin causa -estabilidad impropia que legisla la L.C.T.-. Por todo lo expuesto, corresponde ... rechazar la demanda” (T.S.J.Cba., Sala Laboral, Sent. 114/18, 21/08/18, “Loyola, Mario Daniel c/ Luba S.R.L. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3242674)”).*

Finalmente, referente a la improcedencia del despido discriminatorio por consumo de drogas, se ordenó: *“Para arribar a la conclusión aludida la a quo evaluó la prueba oral y de los testimonios derivó que la patronal discriminó al trabajador. Refirió a los dichos que relataron que fue después del procedimiento policial, que se produjo el despido de Fiandino, sin invocación de causa. Ello constituyó un indicio hábil para generar la inversión de la carga de la prueba, como corresponde frente a actos que se tildan de segregacionistas, y que la accionada no logró revertir la presunción. Es en este aspecto del pronunciamiento donde la denuncia del impugnante encuentra cabida: la derivación que de los hechos siguió el Tribunal luce arbitraria. Se determinó que Fiandino fue controlado en un operativo en las inmediaciones de la empresa, a raíz de una denuncia anónima, oportunidad en que se le encontró droga y se procedió a su detención. Tal como el propio accionante manifiesta en el escrito inicial, es a partir de este suceso que sale a la luz el tema de la dependencia. Entonces, no se acreditó que AGD estuviera en conocimiento de este extremo, de modo tal de poder encuadrar el accionar patronal en el marco teórico pretendido. Es que los declarantes que eran compañeros del actor expresamente dijeron que nunca vieron o advirtieron que estuviera bajo el efecto de sustancias. Además, del auto de sobreseimiento surge que la droga encontrada no fue exteriorizada a terceros, permaneciendo oculta entre la ropa que aquél vestía. Quedó claro que el consumo de Fiandino no era público, ni notorio, ni traspuso su esfera personal, ni mucho menos afectó su rendimiento laboral. Luego, no aparece razonable fijar como cierta la premi-*

sa inicial que impone colocar al empleado como una persona enferma. De ello se sigue que, la conclusión relativa a que la patronal rescindió en violación de las leyes antidiscriminatorias y al principio de igualdad, no deriva de las circunstancias valoradas. Frente a ello, cobra relevancia el incumplimiento laboral por violación del Código de Ética que la empresa introduce en el memorial. Debe tenerse en cuenta que la empresa hizo uso del sistema legal vigente, a fin de reparar su decisión unilateral de desvincular sin causa al trabajador -estabilidad impropia que legisla la L.C.T.-. En definitiva, del material incorporado a la causa no resulta posible la verificación de un acto que, por su móvil, deba calificarse como doblemente ilícito. En consecuencia corresponde ... rechazar el daño moral solicitado como adicional al despido” (T.S.J.Cba., Sala Laboral, Sent. 58/19, 06/06/19, “Fiandino, Nicolás R. c/ Aceitera Gral. Deheza S.A. – Ordinario – Otros – Rec. de casación (Expte. 335469)”).

IV. Postura de nuestro máximo tribunal nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación apeló al ámbito excepcional de la doctrina de la sentencia arbitraria para descalificar decisiones de las instancias ordinarias, aunque lo hizo con tal intensidad y sentando una línea tan marcada que, sin duda, ha señalado a los tribunales inferiores una clara posición destinada a ser seguida, otorgándoles a sus conceptualizaciones un valor *“impropiamente casatorio”*.

Si bien, hay casos de discriminación, con declaración de nulidad del despido originado en un móvil discriminatorio, tal es el caso de “Álvarez”, con la consecuente definición de la aplicabilidad de la ley 23.592 a la relación de trabajo, lo cierto es que la fijación de reglas probatorias de la motivación discriminante recién se sienta en los casos “Pellicori” y “Sisnero”.

Por ello comenzaré con el primer caso, que trata de un despido por actividad sindical: del 15/11/11, en autos: “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”, donde la Corte dijo: *“Según las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, la acreditación de hechos que, ‘prima facie’ evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. La doctrina del Tribunal no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente -entiéndase creíblemente- siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el ‘prima facie’ acreditado”*.

El segundo caso, versa sobre una contratación por género para transporte urbano de pasajeros: del 20/05/14, en autos: “Sisnero, Mirtha Graciela y Otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ Amparo”, donde la Corte dijo: *“Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y había ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un 30% de la planta de choferes, pues al concluir el a quo en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente, ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas*

probatorias, por lo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular”.

El tercer caso, nuevamente trata de un despido por actividad sindical: del 04/09/18, en autos: “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo sindical”, donde la Corte dijo: *“Tal como surge del estándar de ‘Pellicori’, quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar ‘prima facie’ o verosímelmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímelmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión. Una vez demostrados verosímelmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado. Por último, sea que se trate de la parte que alega el motivo discriminatorio o de aquella que niega su existencia, para la acreditación de los extremos mencionados y para la evaluación de la prueba deben emplearse los medios habituales”.*

El cuarto caso, versa también sobre un despido por actividad sindical: del 08/04/21, en autos: “Fontana, Edith Fabiana c/ Cibié Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo”, donde la Corte dijo: *“Esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación - ‘Pellicori’, ‘Sisnero’ y ‘Varela’ -. Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de Cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a*

que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente -tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia ...-, lo cual configura 'prima facie' una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada".-

En el quinto y último caso, trata de un despido por relación sentimental en ámbito laboral-vida privada-: del 10/06/21, en autos: "Camino, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ Despido", donde la Corte dijo: *"No implica desconocer la facultad constitucional de la empleadora de despedir sin causa. La garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar -arts. 14 y 19 C.N.-. La facultad de despedir sin causa, no obstante, reconoce límites en la ley 23.592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio. En particular, si se denuncia que una circunstancia 'prima facie' discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo a la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio. La necesidad de establecer si hubo realmente discriminación es crucial".*

IV. Reflexión final.

Es sabido que, sin la prueba del derecho, estaríamos expuestos a su irreparable violación, pues tal como reza el adagio: *"tanto vale no tener un derecho como no poder probarlo".*

He hecho especial hincapié en los fallos analizados, al término "verosímil", toda vez que hay mucha tinta sobre el particular, haciendo referencia a "supuestos" vaivenes de nuestro tribunal cimero al respecto, en torno a la temática.

En síntesis, nos encontramos estrictamente frente a la precisión de cargas probatorias del trato segregatorio, donde el trabajador deberá probar con indicios fuertes y concordantes -esto es, verosímiles- las circunstancias del diferente trato irrazonable, desproporcionado e ilegítimo, puesto que la violación estructural de derechos no siempre es discriminación y el empleador deberá probar las razones objetivas que puedan justificarlo.

Ergo, el compromiso de los operadores jurídicos, como actores sociales, es sin hesitación necesario en este ámbito, donde se procura la tutela de derechos humanos fundamentales, para evitar lo que Vélez Sársfield consignara en la nota al art.3136 del C.C.: *"Sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara".*