

## LA CARGA DE LA PRUEBA DINÁMICA EN UN DESPIDO POR DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA. Por Julián A. de Diego.

Publicado en: LA LEY 30/11/2011, pág 8

**Sumario:** I. Introducción. II. El onus probandi y el principio de “a quién incumbe la carga probatoria” frente a los hechos alegados. III. El caso “Pellejero” resuelto por la Corte Suprema frente al caso “Álvarez, Maximiliano c. CENCOSUD”. IV. La carga dinámica de la prueba. V. El fallo “P.” de la Corte Suprema. VI. La carga de la prueba dinámica, las presunciones y la inversión de la carga probatoria.

### I. Introducción

La Corte Suprema en el caso "P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s. amparo" <sup>1</sup> en el cual se resolvió que quien es sujeto pasivo de un acto de

<sup>1</sup> "P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"; 15/11/2011, La Ley Online; Cita online: AR/JUR/68958/2011. Voces: Cerrar.Hechos: La sentencia de Cámara fue adversa a la acción de amparo que persigue la nulidad del despido y reinstalación en el cargo de la empleada bajo el régimen de estabilidad relativa impropia, que consideró que el motivo real del distracto respondió a razones de índole discriminatoria. Contra esa decisión la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento apelado. Sumarios: En los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, 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, evaluación de uno y otro extremo, que es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (Ver Corte Suprema: "Álvarez Maximiliano" 07/12/2010 —Fallos: 333: 2306; La Ley 2011-A, 177— aplicó la Ley 23.592 —de actos discriminatorios—, reglamentaria del principio constitucional del art. 16 de la Constitución Nacional al ámbito del derecho individual del trabajo; Ver También: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, "P., L. S." 28/03/2008 —La Ley Online—. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la carga probatoria del demandado de la razonabilidad del acto que se tilda de discriminatorio, no supone la eximición de prueba a la víctima de ese 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, ni 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 corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, en las condiciones de vigencia de tratados —art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional—, intérpretes autorizados de esos instrumentos en el plano internacional, se proyecta sobre la Ley 23.592, en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio, primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto, y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de

discriminación injusta y resulta despedido sin causa, si bien mantiene su deber de probar el acto injurioso, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido no entrañó como causa dicha discriminación, ya que el principal se encuentra en mejor condición y posición para aportar pruebas. Destacamos que el despido fue incausado y por ende no tiene relación de causalidad eficiente con la invocada discriminación arbitraria de la que la actora fue víctima, existiendo sólo la afirmación —corroborada por testigos— de su relación personal con un representante gremial y de su adhesión a temas gremiales. El primer dato llamativo es que la Corte Suprema aceptó el procedimiento de queja por una causa que siempre fue rechazada como de competencia del Alto Tribunal, referido a hecho y prueba. En efecto en el dictamen de la procuración se propicia el rechazo por ese fundamento, sin perjuicio de establecer también que de algún modo se presenta el caso con falencias y carencias probatorias de la accionante.<sup>2</sup> También se resuelve que las costas sean por el orden causado atento a lo novedoso de lo resuelto por el Tribunal, como si esta decisión generara ecuanimidad cuando lo que se propicia es un resultado que inopinadamente (*"inopinabili"*) resulta ajeno al curso normal y previsible de los

---

la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto. Los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional. La ley federal 23.592 reglamenta directamente el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional y debe ser entendida como un "ejemplo" o "reflejo" de la "exigencia internacional" de realizar por parte de los Estados "acciones positivas tendientes a evitar la discriminación", lo cual también alcanza a la "interpretación" que de aquélla hagan los tribunales.

<sup>2</sup> En el dictamen de la procuración, previo al fallo "Pellicori" —ver nota 1—, se establece: "Así planteada la cuestión, es reiterada la jurisprudencia de la Corte según la cual las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la Ley 48 (Fallos: 314:1336, entre otros), así como aquella otra que indica que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de dicha índole, sobre los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente (doctrina de Fallos: 318:73 y 324:436, entre muchos otros)". "Desde ese punto de vista, estimo que los agravios dirigidos a cuestionar la sentencia por haber prescindido la Cámara de la prueba incorporada al proceso no es apto para suscitar la apertura de la instancia del art. 14 de la Ley 48, toda vez que el tribunal, en la ponderación de las constancias de la causa, apoyó su decisión —con argumentos suficientes— en las declaraciones de testigos que citó y su grado de convicción podría enmarcarse en la regla de la sana crítica (art. 386 del CPCCN)". "Afirma que más allá de la teoría de la carga dinámica de la prueba, conforme a las reglas comunes incumbía a la demandante acreditar los hechos "constitutivos" de su pretensión, es decir la existencia de una conducta discriminatoria. Y la demandada debió acreditar los "hechos impeditivos", en el caso demostrar que existieron hechos que imposibilitaban la continuidad del vínculo laboral, extremo que —aclara— no debe confundirse con acreditar una causal de despido con justa causa, sino la existencia de una conducta despojada de ánimo discriminatorio. Indica puntualmente elementos probatorios que conducen a un material indiciario, concordante, que posibilita la configuración del trato discriminatorio denunciado y que, sin embargo, fue soslayado. Todo ello determina, para la recurrente, que el pronunciamiento agravia el principio constitucional de afianzar la justicia y el debido proceso adjetivo". Buenos Aires, 13 de abril de 2010. — Marta A. Beiró de Gonçalves.

procedimientos reglados.<sup>3</sup> Obsérvese asimismo que no votan en el fallo los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carmen María Argibay.

Otra aproximación curiosa del fallo comentado es que se mantiene la postura en el sentido de que el trabajador corre con el deber de aportar las pruebas y acreditar la alegada discriminación que en principio subyace bajo la apariencia de un despido incausado, y a la vez se aclara en la sentencia de la Corte Suprema también que no se invierte la carga probatoria —por no existir una presunción que la avale— de modo tal que quien alega la causal discriminatoria tampoco está eximido de aportar y producir la prueba transfiriendo —a la sazón dicha carga— al empleador que debe desnaturalizar que tras un despido sin justa causa se esconde la supuesta represalia discriminatoria y arbitraria contra la accionante. Lo que es difícil de asimilar es que, manteniéndose estas posturas, se establezca que es el empleador el que debe demostrar que de su parte no existió una motivación discriminatoria, cuando en la extinción del vínculo sin justa causa no se requiere de parte de la empresa la invocación de causa alguna, como lo define la misma naturaleza del artículo 245 primer párrafo (LCT) interpretando además *a contrario sensu* el artículo 242 (LCT) que define la justa causa como "*la inobservancia por parte de la otra (contraparte) de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación*". En alguna medida, parece requerirse de la empresa demandada la prueba negativa (Juan José Etala —hijo—, en La Nación 20/11/2011 —Economía y Negocios— p. 3), ni siquiera la prueba *in extremis* o lo que es lo mismo, en forma excepcional, la aportación de pruebas por disponer de ellas, ante quien no está dotado de los instrumentos y las herramientas, pero que ha aportado como mínimo prueba indiciaria, semiplena prueba, o prueba insuficiente que justifique con razonabilidad la aplicación del artículo 9 (LCT) que después de la reforma de la ley 26.428 (Adla, LXIX-A, 46) incorporó la *in dubio pro operario* en lo que hace a la prueba en juicio, al prevenir que "*Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador*". En cualquier caso, la duda sobre la prueba no altera el "*onus probandi*" ni admite la aplicación de presunciones inexistentes, ni invierte la carga probatoria, ni habilita la imposición de "la prueba diabólica" en cabeza del empleador.<sup>4</sup> En rigor, la norma refiere según mi opinión, a los casos en los cuales la prueba indiciaria, semiplena o insuficiente o bajo una duda razonable producida por quién tiene la carga de ofrecer y producir la misma, puede ser interpretado con el *favor operaris* por parte del juzgador. Adviértase además, que la total carencia de prueba, sin dudas, no impone al demandado el deber de suplir la carencia, cuando a su cargo no existía mérito para apartar sobre un acto o hecho ajeno a su deber formal y procesal. No se trata en este caso de habilitar una presunción que no existe en nuestro régimen legal ni de invertir la carga probatoria, y la solución se inscribe en el marco del derecho procesal civil en el que se *pondera la carga dinámica de*

<sup>3</sup> Por ello, y oída la Sra. Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas en el orden causado por tratarse de una cuestión novedosa (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos 319: 1664, 1667, entre muchos otros). Acumúlese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, devuélvase a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento de acuerdo con el presente. — Carlos S. Fayt. — Enrique Santiago Petracchi. — Juan Carlos Maqueda. — E. Raúl Zaffaroni.

<sup>4</sup> La prueba diabólica (en latín, probatio diabolica) o prueba inquisitorial es una expresión del ámbito del derecho procesal que describe la práctica de exigir una prueba imposible. En una probatio diabolica el interpelado deberá, por ejemplo, demostrar que algo no ha ocurrido, la inexistencia de algo, o su propia inocencia en un proceso judicial, cuando lo correcto según el Derecho moderno es que la "carga de la prueba" corresponde a quien ha de probar la existencia de algo, o probar la culpabilidad.

*la prueba.* Este recurso de excepción insta a quien está en mejor posición y condiciones técnicas profesionales o fácticas para aportar pruebas que lo haga y que las produzca, aun cuando dicha parte no sea la que debe incoar el *onus probandi*, en el marco de lo que podría denominarse "buena fe procesal" y en procura de la verdad real en el caso bajo análisis.<sup>5</sup> En efecto, el fallo con poca claridad expresa: *"Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo (discriminatorio), con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".* *"La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a 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, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado."*

Por último, es notable observar que las referencias realizadas en el fallo a los tratados internacionales, y a la doctrina comparada, en ningún caso avalan la implantación de la carga probatoria en cabeza del empleador. Es más un componente relevante, a la hora de analizar los medios técnico-legales y los principios que deben respaldar el principio de igualdad, y por ende, lo deben hacer también con el principio de "no discriminación" que es el de procurar que el derecho al tratamiento igualitario lo sea en igualdad de circunstancias, y en un contexto de razonabilidad. No se advierte, pues, que las fuentes consultadas aporten ni brinden andamiaje ninguno al fallo en torno del único problema que la Corte Suprema analiza, cual es si cabe imponer la carga dinámica de la prueba a quien como empleador no tiene la obligación formal ni material de aportarla, cuando, por otra parte, se asimila a la prueba diabólica o negativa, que es un extremo rechazado y muy criticado entre los expertos en derecho procesal. Aun cuando se haya reparado en la necesidad de buscar resguardo a estos principios, se observa que las fuentes citadas no hacen referencia ni tienen relación con lo resuelto en autos.

## **II. El *onus probandi* y el principio de "a quién incumbe la carga probatoria" frente a los hechos alegados**

El principio general en materia de prueba determina que quien alega un hecho tiene a su cargo el *onus probandi* lo que determina que tiene la obligación de aportar los elementos probatorios que lo acrediten. La inversión de la carga probatoria, o sea el fenómeno a través del cual quien alega un hecho está eximido de aportar pruebas y es la contraparte la que debe aportar elementos para desnaturalizar las afirmaciones, sólo se da frente a la existencia de presunciones. Es también pacífico en doctrina que las presunciones no son ni pueden ser una creación pretoriana, y deber surgir de las normas —en el caso del derecho del trabajo— que provienen del derecho de fondo, (art. 75 inc. 12 Constitución Nacional). En rigor, no estamos frente a un caso de presunción ni de inversión de la carga probatoria, sino ante la denominada "carga de la prueba dinámica", según la cual debe aportar las pruebas la parte que se encuentra en mejor posición y condición para aportarlas, frente a la orfandad o insuficiencia probatoria de la contraparte, que por ejemplo, se valió sólo de indicios. En rigor, las presunciones parten de la suposición de que quien alega un hecho prevé una determinada consecuencia y quien alega está exonerado de aportar pruebas. Si la presunción es "*iuris tantum*", la contraparte puede

<sup>5</sup> PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, en ED 107-1005 y ss. Ver también bajo la dirección de los mismos autores "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" en la obra "Cargas Probatorias Dinámicas", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1ª Edición, 2008 ver pp. 19 y ss.

aportar prueba en contrario, mientras que, ante una presunción "*iuris et de iure*", quien alega el hecho está exonerado de aportar prueba y la contraparte no puede invocar ningún tipo de hecho o prueba en contrario. A su vez, es frecuente observar en el procedimiento laboral que la parte demandada, aun cuando no tenga a su cargo la prueba de los hechos invocados por el trabajador, como es el caso del "despido indirecto", también aporte elementos para desnaturalizar los dichos y afirmaciones de la demanda, y para contribuir a fracturar o despojar de sustancia la causal invocada que lo llevó a refugiarse en la justa causa incoada a través del artículo 242 (LCT). En el fallo de la sala III de la Cámara del Trabajo, y con el voto del Dr. Roberto O. Eiras se reafirma: "*El hecho de que la actora mantuviera algún vínculo con un delegado gremial, Sr. Gustavo Martínez, extremo que surge de las declaraciones testimoniales, podría llegar a constituir un mero indicio, pero no permite establecer un claro nexo causal con la decisión rescisoria, a la luz de la estricta apreciación de la prueba que propicio. Los elementos probatorios aportados a la causa y analizados desde la perspectiva de la sana crítica (art. 90 de la Ley 18.345 y 386 del CPCCN) no logran demostrar los extremos alegados en la demanda y formar convicción acerca de que P. fue despedida por su participación en actividades sindicales o por su vinculación con cierto delegado gremial*". También se pondera el recurso de acudir a "la carga de la prueba dinámica" al expresar: "*Sin embargo, entiendo que la respuesta de nulidad intensa que contempla la norma requiere de la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados, ya que se trata de desarticular los efectos de una decisión rescisoria respecto de una trabajadora no tutelada por la garantía prevista en los arts. 48 y 52 de la Ley 23.551. Digo esto porque en el régimen de estabilidad relativa impropia, constituido por un sistema conocido como de "validez e ilicitud", en principio, la voluntad de rescindir el contrato laboral es válida y operativa desde el momento en que ingresa a la esfera del conocimiento del destinatario y únicamente puede generar consecuencias indemnizatorias si resulta incausada. Lo expuesto no implica vedar al trabajador la posibilidad de accionar en procura de obtener la nulidad de un despido, invocando razones discriminatorias, pero el juego armónico de las disposiciones contenidas en los arts. 14, 14 bis, 17, 33 de la Constitución Nacional y 1° de la Ley 23.592 y de la doctrina que emana del más alto Tribunal en la temática que nos convoca (ver entre otros, Fallos 273:87; 278:83; 302:319), impone un estricto análisis de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria del contrato de trabajo*".

*Si bien la vía prevista en el art. 47 de la Ley 23.551 estaría destinada a obtener únicamente el "cese inmediato del comportamiento antisindical" y no a conjurar las consecuencias ilícitas de ese proceder, interpretación que parecería adecuarse a los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Borda, Ramón y otro c. Unión de Trabajadores Gastronómicos de la República Argentina" del 13/11/1990, lo cierto es que en autos se accionó también con sustento en la Ley 23.592 que permitiría desarticular decisiones rescisorias que tuvieran por teleología la discriminación. Esta norma se sustenta en el nuevo bloque constitucional federal conformado, a partir del año 1994, con una doble fuente de derechos, con la incorporación de ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, al art. 75, inc. 22 de la Carta Magna. No sería razonable sostener, como bien enfatiza el Sr. Fiscal General del Trabajo al dictaminar a fs. 519/521, que una norma que permite a quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o menoscabe el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional accionar con la finalidad de que se deje sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado, excluya al universo de los trabajadores".*<sup>6</sup> Si seguimos los

<sup>6</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III. "P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"; 28/03/2008, La Ley Online; Cita online: AR/JUR/1067/2008. Voces:

fundamentos del fallo de alzada, resulta claro que los indicios eran más que vagos, que no había ninguna confirmación de que la actora fue víctima de una represalia o que su apartamiento tuviere relación de causalidad alguna con la supuesta discriminación antisindical invocada.

En el fallo "P." la Corte Suprema parte de la premisa de la idoneidad de la causal como justificativa *per se* de una represalia por parte del empleador traducida en un despido sin justa causa por el cual se abonaron las indemnizaciones legales. En rigor, la accionante debió aportar elementos de convicción para por lo menos demostrar que los eventos pudieron desencadenarse de tal modo que el hecho de haber sido un despido sin justa causa pudo tratarse de una fórmula que permitiera a la empresa desvincular a alguien que le resultara "inconveniente" por sus vínculos gremiales y que, por ejemplo, el despido respondió a que se cerró una sección, o dejó de operar un negocio o parte de él, o a una causal insuficiente para un despido fundado en justa causa, como por ejemplo la baja productividad o performance de la trabajadora. No puedo dejar de precisar que lo resuelto en el fallo puede sorprender a cualquier inexperto con una fundamentación que sigue cierta línea argumental, pero nuevamente estamos ante un caso en el cual no pueden fijar reglas novedosas sin conculcar de modo traumático el derecho de defensa en juicio, ya que para extraer las conclusiones que criticamos, la demandada debe recurrir a la imaginación, a la suposición o de la adivinación. Obsérvese que es difícil extraer con cierta verosimilitud que la solución propuesta en el fallo es apropiada con una determinada tendencia doctrinaria o jurisprudencial que, como el mismo fallo admite, no reconoce ningún precedente digno de mención.

En rigor, se llega a esta conclusión en el fallo de la Corte después de analizar la temática de la Ley 23.592, norma transversal contra la discriminación arbitraria, y la violación de las garantías igualitarias enunciadas en la Constitución nacional. En efecto, en el fallo se reafirma: *"En este contexto, corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional."*<sup>7</sup> *Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la Ley 23.592, en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio."* *La ley federal 23.592 no es extraña a las reflexiones que han sido expuestas. Antes bien, la aplicabilidad de estas últimas se vuelve imperiosa por cuanto dicha ley no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del citado art. 16 de la Constitución*

---

Actividad Gremial - Apreciación de la Prueba - Carga de la Prueba - Contrato de Trabajo - Derechos del Trabajador - Despido - Discriminación - Libertad Sindical - Nulidad - Protección del Trabajador - Prueba - Reincorporación del Trabajador - Trabajador.CerrarHechos: Una trabajadora que había sido despedida, inició una acción contra su empleador tendiente a que se ordene su reinstalación al puesto laboral y se declare la nulidad del distracto, debido a que éste habría obedecido a una motivación de discriminación dada su vinculación personal con un delegado gremial. El juez de grado admitió el reclamo, en tanto consideró que el emplazado no había acreditado el fundamento del despido. La Cámara rechazó la demanda, puesto que la actora no había probado la discriminación denunciada. Sumarios: Es improcedente la acción incoada por una trabajadora con fundamento en la Ley 23.592, tendiente a que se declare la nulidad del despido directo y se ordene su reincorporación al puesto laboral, ya que la actora incumplió con la carga de acreditar la causal de discriminación arbitraria invocada, por cuanto el hecho de que ella mantuviera algún vínculo con un delegado gremial podría llegar a constituir un indicio, pero no permite establecer un claro nexo causal con la decisión rescisoria.

<sup>7</sup> "Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo", publ. elDial.com - AA4FED, Fallos: 332:170 —2009—, y otros.

*Nacional* (Ganem, Alfredo, Fallos: 324:392 —2001—; F.C.C. Medio Ambiente S.A, Fallos: 320:1842 —1997— y otros), sino que, además, debe ser entendida como un "ejemplo" o "reflejo" de la "exigencia internacional" de realizar por parte de los Estados "acciones positivas tendientes a evitar la discriminación", lo cual también alcanza a la "interpretación" que de aquélla hagan los tribunales (Partido Nuevo Triunfo, Fallos: 332:433, 439 -2009). Por lo demás, no se presta a dudas que la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" (Municipalidad de Laprida c. Universidad de Buenos Aires). "Las consideraciones que han sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva suprallegal, establecen bases suficientes para la solución del sub lite. En efecto, primeramente, ratifican la ya enunciada necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Y, en segundo término, ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de *ius cogens*. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse 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"<sup>8</sup>. La carga dinámica de la prueba alcanza fronteras riesgosas para el derecho de defensa en juicio y puede generar la ironía de tener que demostrar hechos a través de la "prueba negativa", que trastoca bases centrales del ordenamiento procesal, que procuran garantizar dicho derecho de defensa con el fin de obtener el preciado valor de la justicia.

### **III. El caso "Pellejero" resuelto por la Corte Suprema frente al caso "Alvarez, Maximiliano c. CENCOSUD"**

Quien alega un hecho tiene la carga de demostrar su existencia y verosimilitud con medios que resulten eficaces a dichos fines. Por ende, y salvo que la ley invierta la carga probatoria, por efecto de una presunción, el trabajador que invoque la existencia de acciones o actos que implican discriminación arbitraria, tiene a su cargo la aportación de pruebas. Si se hubiere previsto alguna presunción, el agraviado está eximido de aportar pruebas y la contraparte —el empleador— debe demostrar lo contrario.

En el caso "Pellejero", la Corte Suprema estableció que se alega una acción discriminatoria, en el caso el despido de una trabajadora sin invocar causa por haber sido la esposa de un dirigente de la Asociación Bancaria. En rigor, no sólo no existe una presunción sino que tampoco puede existir un prejuizgamiento o presuposición o suposición de que el estado originado en los eventos o elementos fácticos permiten deducir que un acto extintivo es *per se* discriminatorio, cuando, sin invocar causa, existe una causa real que motivó la decisión, causa que en sí misma constituye un acto ilícito que debe ser resistido por el derecho, sea con la nulidad, sea con la reparación económica, sea con la *restitutio al statu quo ante* <sup>9</sup>.

<sup>8</sup> P. 489. XLIV. - "P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s. amparo" - CSJN - 15/11/2011; Citar: elDial.com - AA713B Publicado el 17/11/2011, Copyright 2011 - elDial.com - Albremática.

En el caso "Alvarez, Maximiliano y otros c. CENCOSUD", los trabajadores afectados demostraron, conforme al *onus probandi* que operaba a su cargo, que la construcción del sindicato de personal jerárquico de empleados de comercio era el eje de la persecución que se constituyó en la razón que provocó el despido en apariencia incausado. En este caso no cabe ninguna presunción, aun cuando es asequible como una conclusión razonable que al advertir la empresa que los trabajadores promovían la creación de un nuevo sindicato que los representara, con un nuevo ámbito de representación personal, y que esta conducta pueda despertar la decisión de separarlos del plantel para evitar que dicho gremio anidara en la empresa como base de sustentación.<sup>10</sup> En rigor, son tanto aplicables las normas sobre discriminación de la ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179) como lo son también las referidas a la protección que brinda la Ley de Asociaciones Sindicales

<sup>9</sup> "Pellejero, María Mabel c. Banco Hipotecario s."; 07/12/2010, DT 2011 (febrero), 341 - Sup. Const. 2011 (febrero), 11/02/2011, 78 – DJ, 09/03/2011, 31 - LA LEY, 2011-A, 93, con nota de Gonzalo Cuartango; LA LEY, 2011-A, 374. Cita Fallos Corte: t. 333; p. 2296. Cita online: AR/JUR/77142/2010. Voces: Acción de Amparo - Derechos del Trabajador - Despido - Despido sin Causa - Discriminación - Doctrina de la Corte Suprema - Entidad Financiera - Fundamento de la Sentencia - Prueba - Reincorporación del Trabajador.Cerrar1. Hechos: El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, por mayoría, hizo lugar al amparo promovido contra el Banco Hipotecario a raíz del despido de la actora y ordenó su reinstalación en su puesto de trabajo al considerar que el distracto del cual había sido objeto la empleada tuvo carácter discriminatorio dada su condición de esposa del secretario de una seccional de la Asociación Bancaria. Contra ese pronunciamiento el demandado dedujo recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia impugnada. Sumarios: 1 - Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al amparo promovido contra una entidad bancaria a raíz del despido de la actora y ordenó su reinstalación de en su puesto de trabajo, toda vez que partió de la premisa de que el distracto importó un "acto discriminatorio" en perjuicio de la trabajadora —en razón de ser la esposa de secretario de una seccional de la Asociación Bancaria— que encuadraba en el marco normativo de la Ley 23.592 sin explicar de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Corte Suprema en "Álvarez, Maximiliano", 07/12/2010 —La Ley Online—, sostuvo la aplicabilidad de la Ley 23.592 al ámbito laboral y la compatibilidad —en el caso— de la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, en virtud del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación. Jurisprudencia Vinculada (Información a la época del fallo)Corte Suprema en "Álvarez, Maximiliano", 07/12/2010 —La Ley Online—, sostuvo la aplicabilidad de la Ley 23.592 al ámbito laboral y la compatibilidad —en el caso— de la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, en virtud del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.Si en el caso del despido de la trabajadora quedó demostrada la no configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1 de la Ley 23.592, ello determina la inaplicabilidad de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Álvarez, Maximiliano" —07/12/2010; La Ley Online—.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.; 07/12/2010", LA LEY, 29/12/2010, 10, con nota de Gonzalo Cuartango; IMP 2011-1, 260 – DT, 2011 (febrero), 329, con nota de Juan José Etala (h.); LA LEY, 02/02/2011, 9, con nota de Andrés Gil Domínguez; Sup. Const. 2011 (febrero), 11/02/2011, 78 – IMP, 2011-3, 266 – DJ, 02/03/2011, 9, con nota de Esteban Carcavallo; Sebastián C. Coppoletta; LA LEY, 2011-A, 88; 2011-A, 177; 2011-A, 372 - con nota de Horacio H. de la Fuente; LA LEY, 211-B, 651; Cita Fallos Corte: t. 333; p. 2306. Cita online: AR/JUR/77141/2010. Voces: Afiliación Sindical - Autonomía de la Voluntad - Constitución Nacional - Contrato de Trabajo - Convenio de la Organización Internacional del Trabajo - Daño - Derecho a Ejercer Industria Lícita - Derecho del Trabajo - Derechos Constitucionales - Derechos del Trabajador - Derechos Humanos - Despido - Despido sin Causa - Discriminación - Facultades del Empleador - Igualdad ante la Ley - Indemnización - Interpretación de la Ley - Ius Cogens - Libertad Contractual - Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales - Reincorporación del Trabajador -

23.551 (Adla, XLVIII-B, 1408) no sólo para el caso de tutela sindical, sino y sobre todo para las acciones antisindicales protagonizadas por las empresas o sus representantes en perjuicio de los trabajadores como de los que actúan dentro del marco regulatorio a fin de defender sus derechos individuales y colectivos.

En el caso "Villalba", la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires determinó que era viable decretar la nulidad del despido incausado cuando se hubiere acreditado por la parte agraviada, la existencia de una injuria que concebida como una acción antisindical se constituyó en un acto ilícito con la expresa indicación de que la empresa no aportó ninguna prueba que permita demostrar que su conducta no respondió a la conducta antisindical y discriminatoria que se le imputa. En alguna medida, la demostración de la

---

Reparación Integral - Trabajador.CerrarHechos: Seis trabajadores iniciaron una acción de amparo contra la sociedad anónima que los empleara, sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la "pseudo categoría" de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio, razón por la cual, el sindicato de esta última actividad les negó la afiliación. En virtud de ello, crearon una asociación sindical e intimaron a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría. Los actores consideraron que el despido sin causa del que fueron objeto pocos días después resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. La sentencia de grado, que fue confirmada por la Alzada, hizo lugar a ambas pretensiones con fundamento en el art. 1 de la Ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación originó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada. Sumarios: Debe confirmarse la sentencia que ordenó la reinstalación y reparación económica de los trabajadores víctimas de un despido discriminatorio por su actividad sindical con fundamento en el art. 1 de la Ley 23.592 —de actos discriminatorios—, pues nada hay de objetable a la aplicación de esa normativa —que reglamenta un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional— al ámbito del derecho individual del trabajo, ello por tres razones: 1. nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; 2. la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprobaba en todos los casos, y 3. reviste una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en ese ámbito, toda vez que la relación laboral, si algo muestra a estos efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad. Jurisprudencia Vinculada (Información a la época del fallo)Ver TambiénCorte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 18/03", 17/09/2003 — LA LEY, 2004-B, 456; LA LEY, 2007-B, 467—. Es compatible —en el caso— la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio por su actividad sindical y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, en virtud del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación, pues cuando la libertad de contratar del empleador entra en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, toda vez que no otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental (art. 14 bis)—. Jurisprudencia Vinculada (Información a la época del fallo)Ver TambiénCorte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 18/03", 17/09/2003 —La Ley 2004-B 456 - LA LEY, 2007-B, 467—.Es inatendible la defensa de la empleadora demandada relativa a que la reinstalación del empleado víctima de un distracto discriminatorio, en el caso, por su actividad sindical conlleva una supresión de las facultades "discrecionales" del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal, toda vez que a la luz del corpus iuris de los derechos humanos, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa al principio de igualdad y prohibición de

parte actora se correspondió con la carencia de la demandada.<sup>11</sup> En síntesis, parece orientarse la jurisprudencia a que en esta materia, la referida al principio de igualdad y las mandas igualitarias impuestas con las normas de rango superior —como son la Constitución nacional o los tratados internacionales de los derechos humanos de rango constitucional— el *onus probandi* debe asignarse a quienes alegan los hechos agraviantes o injuriosos que violan aquellos derechos igualitarios. Sin embargo, por la virtualidad de que el despido resulta ser incausado, es menester que exista una suerte de desplazamiento de la carga probatoria, que impone al empleador desbaratar cualquier alegación que determine que la ausencia explícita de causa no encubre una causa implícita y oculta tras el andamiaje de un resorte legal, que conforme un acto de violación del principio de igualdad y, por ende, que se concrete un acto ilícito pasible de los

discriminación, pues subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se sigue a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado. Jurisprudencia Vinculada (Información a la época del fallo) Ver También Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 18/03", 17/09/2003 — LA LEY, 2004-B 456; 2007-B, 467—. La reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados por el despido, toda vez que el objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, pues esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. Aun cuando la República Argentina no ratificó el Convenio de la OIT 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal— considera que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz de aquél, en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente", que excluye los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo — art. 5.d—, y prevé que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, "anular la terminación" y ordenar la "readmisión" del trabajador —art. 10—. Ante la negativa del empleador de reinstalar en su puesto al trabajador discriminado —en el caso, por motivos sindicales—, y en ausencia de previsiones legislativas expresas, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa, de forma tal que, sin perjuicio del resarcimiento previsto en el art. 1 de la Ley 23.592 —de actos discriminatorios— el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su art. 182. (Del voto en disidencia parcial de las doctoras Highton de Nolasco y Argibay). Jurisprudencia Vinculada (Información a la época del fallo) Ver También Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 18/03", 17/09/2003 — LA LEY, 2004-B 456; 2007-B 467—. La Ley 23.592, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere, en el caso de un despido discriminatorio, de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado, por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado. (Del voto en disidencia parcial de las Doctoras Highton de Nolasco y Argibay). Jurisprudencia Vinculada (Información a la época del fallo) Ver También Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 18/03", 17/09/2003 — LA LEY, 2004-B 456; 2007-B, 467—. La garantía

remedios que propone el sistema legal. En un marco como el descripto, nos pronunciamos a favor de que un acto reprochable como el descripto puede ser objeto de una reparación económica, y no de la nulidad del acto extintivo que importa la reinstalación, si es que se mantiene vigente nuestro sistema de estabilidad impropia, que admite la extinción del vínculo sin justa causa, mediante el pago de las indemnizaciones tarifadas. En el caso de la extinción sin justa causa que encubre un acto de discriminación arbitraria, además de la indemnización tarifada del artículo 245 (LCT) (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), corresponde que sea indemnizada siguiendo los principios de la reparación integral, compensando el lucro cesante, el daño emergente, y, en su caso, el daño moral.

#### IV. La carga dinámica de la prueba

Como hemos señalado en otra oportunidad, *"La formulación de la misma es sencilla: sobre la adecuada ponderación de las circunstancias del caso y, en forma excepcional, las cargas probatorias deben desplazarse de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, y ello en función de cuál de las partes se encontrare en mejores condiciones (técnicas, profesionales o fácticas) de suministrar la prueba, con absoluta*

---

constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho — art. 19 de la Constitución Nacional— y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita — art. 14 de la Constitución Nacional—, razón por la cual no se puede obligar a un empleador — contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados —en el caso, despedidos por su actividad sindical— que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. (Del voto en disidencia parcial de las Doctoras Highton de Nolasco y Argibay). Ver También: Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 18/03", 17/09/2003 —LA LEY, 2004-B, 456; 2007-B, 467—.

- <sup>11</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina; 22/12/2010. DT 2011 (marzo), 556, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; La Ley Buenos Aires 2011 (marzo), 177, con nota de Sebastián Serrano Alou; LA LEY, 29/03/2011, 7, con nota de Marcelo G. Aquino; LA LEY, 2011-B, 347; DJ 01/06/2011, 47. Cita online: AR/JUR/84953/2010. Voces: Contrato de Trabajo - Despido - Despido Sin Causa - Discriminación - Indemnización por DespidoCerrarHechos: El actor promovió la acción de amparo prevista en el art. 47 de la Ley 23.551 por práctica desleal, con el objeto de lograr la declaración de nulidad de la cesantía dispuesta por la empleadora por entender que obedeció a una conducta antisindical. La demandada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra la sentencia que la condenó a reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo, pagarle los salarios caídos y el daño moral originado por el despido. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso interpuesto. Sumarios: Al sancionar la Ley 23.592 se generó una norma de contenidos sumamente amplios que posibilita a los jueces, a pedido de parte, que no sólo dejen sin efecto el comportamiento discriminatorio sino también declaren la nulidad del mismo, sin que existan motivos, jurídicos o fácticos que permitan excluir de su aplicación a las conductas discriminatorias originadas dentro del ámbito laboral, más cuando expresamente el segundo párrafo del art. 1 menciona a las que se susciten con motivo de la opinión gremial. Ver También: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, 02/11/2010, "Menghi, Emilio Oscar c. United Airlines Inc.", La Ley Online; AR/JUR/77596/2010. Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que el despido del trabajador supuso un acto de discriminación que debe ser calificado como arbitrario, pues no se ha demostrado que la patronal haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, lo cual evidencia que no existieron razones para motivar la ruptura contractual (del voto del doctor Genoud). El art. 1 de la Ley 23.592 no ofrece ningún argumento razonable que permita afirmar que el dispositivo legal no es aplicable cuando el acto discriminatorio es un despido y el damnificado un trabajador dependiente; dicha interpretación equivaldría paradójicamente a discriminar a los trabajadores afectados por un acto de esa naturaleza por el solo hecho de serlo y debería ser censurada por inconstitucional (del voto del doctor Negri).

independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen.<sup>12</sup> Esta particular carga probatoria no estaría "determinada apriorísticamente" y en forma abstracta y genérica por la ley, sino que sería determinada por el tribunal *a posteriori* y en cada proceso concreto; no sería estática, sino dinámica, yendo y viniendo según cuál sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar los medios probatorios. Esta determinación de hecho en un marco como el puntualizado importa una creación pretoriana, que puede conformar una violación del derecho de defensa, si es que no se cuenta con la prevención de quien no tiene la carga probatoria. En otros términos, las falencias de quién detenta el *onus probandi* no pueden reclamarse a quien no le imponen las normas procesales o de fondo, la exigencia de que debe oponer medios que refuten la postura del reclamante. No sólo es y debe ser así, porque quien ejerce su defensa no está obligado a declarar contra sí mismo ni a suplir las falencias de la contraparte, sino que, además, en los casos como los relativos a la violación de los derechos que conforman el plexo igualitario es también muy subjetiva la interpretación que se puede brindar o conceder a los actos de las partes, en un contexto en donde permanentemente se opera entre el conflicto y el acuerdo.

La teoría recibió rápidas adhesiones en la doctrina argentina y uruguaya, y ha sido aplicada con frecuencia por la jurisprudencia de ambos países, a menudo con alguna ambigüedad en lo relativo a cómo se conforma o se debe conformar el plexo procedimental.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge W. y LÉPORI WHITE, Inés, "Cargas probatorias dinámicas", dentro del Ateneo de Estudios de Proceso Civil, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2008 pp. 20 y ss.

<sup>13</sup> PEYRANO, Jorge W., citado por VÉSCOVI en "La carga de la prueba", en las "IXª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Universidad, Montevideo, 1997, p. 271, nota 16. 3 PEYRANO, Jorge W., "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba", RUDP, 2/92, p. 239. 4 STIPANICIC, Emma, y VALENTIN, Gabriel, "La carga de la prueba en el proceso laboral", en los "Estudios de Derecho. Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", FCU, Montevideo, 1999, p. 490; de los mismos autores, "Proceso Laboral", 2ª edición, Del Foro S.R.L., Montevideo, 2000, p. 135. DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quién se encuentra en mejores condiciones de probar", RUDP, 1/1993, pp. 29-33; DE MIDON, Gladys, "A propósito del 'onus probandi': la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo", RUDP, 1/1993, pp. 35-39; VV.AA., "Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, realizado en Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993", RUDP, 1/1993, p. 234; GURRIERI, Fernando, "Cargas probatorias dinámicas", Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126; VV.AA., "Cargas probatorias dinámicas", bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004. VAN ROMPAEY, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo", LJU, t. 111, 1995, Sección Doctrina, pp. 447-453; VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba" cit., pp. 263-273; KLETT, Selva, y PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", RUDP, 1/1997, pp. 76-78; LANDONI, Ángel, "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", RUDP, 1/1997, pp. 104-105; CASTELLO, Alejandro, "Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia", "IXª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", realizadas en Minas, Diciembre 1997, Biblioteca de Derecho Laboral n° 14, pp. 28-37; ROSSI, Rosina, "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso", en las "IXª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49; ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", en las "IXª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Universidad, Montevideo,

En el fuero laboral, la carga de la prueba dinámica no sólo no puede introducirse como un mecanismo que brota de la inteligencia de un caso cuando el juez dicta sentencia, o sea después de haberse desarrollado la traba de la litis, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma y los alegatos, en un marco donde resulta muy difícil imponer reglas que no están enunciadas en la ley procesal, que tiene y debe tener factura en el ámbito local, ni en las escasas reglas que fijan las normas de fondo en el plano de la ley en sentido material y formal (art. 72 inc. 12 Constitución Nacional).

## V. El fallo "P." de la Corte Suprema

En definitiva, el fallo plantea que corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional para canalizar la demanda de aquellos instrumentos en procura de defender los derechos igualitarios. Es más, señala la sentencia que el citado "corpus" además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592, en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Más adelante se reafirma que la ley federal 23.592 no es extraña a las reflexiones que han sido expuestas. Antes bien, la aplicabilidad de estas últimas se vuelve imperiosa por cuanto dicha ley no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del citado art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Alfredo, Fallos: 324:392 —2001—; F.C.C. Medio Ambiente S.A, Fallos: 320:1842 —1997— y otros), sino que, además, debe ser entendida como un "ejemplo" o "reflejo" de la "exigencia internacional" de realizar por parte de los Estados "acciones positivas tendientes a evitar la discriminación", lo cual también alcanza a la "interpretación" que de aquélla hagan los tribunales (Partido Nuevo Triunfo, Fallos: 332:433, 439 —2009—). Por lo demás, no se presta a dudas que la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional". En orden a estas apreciaciones que se manifiesta la Corte Suprema en el sentido de que también el Poder Judicial debe contribuir a lograr ese objetivo, seguramente dentro de las atribuciones conferidas en los casos concretos al este poder del Estado. Sin embargo, no escapa a la observación general, que la Corte Suprema no puede ni debe suplir las carencias legislativas, como es evidente que ocurre en este tema, donde la normativa laboral ha demostrado la existencia de verdaderas lagunas del derecho, lo que obligó a aplicar una norma transversal que, a todas luces, no parece ser la más adecuada para que resulte imperativa en todas las ramas del derecho. En lo que hace al derecho del trabajo, la interpretación lisa y llana del artículo 1° de la ley 23.592 se da de bruces con nuestro sistema de estabilidad impropio pacíficamente acogido por la Corte Suprema desde la vieja ley 14.729, pasando por la ley 20.744 inclusive después de la reforma de la ley 21.297 (Adla, XXXVI-B, 1073), y con las sucesivas reformas instrumentadas dentro del ciclo democrático desde 1983, que nunca osaron reformular nuestro régimen de estabilidad, ni pretendieron modificar el título de extinción contenido en la LCT.

El fallo reafirma luego "*Las consideraciones que han sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva supralegal, establecen bases suficientes para la solución del sub lite. En efecto, primeramente, ratifican la ya enunciada necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de éstos y de la concreta realidad que los rodea,*

---

1997, pp. 235-243.

siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Y, en segundo término, ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de *ius cogens*. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse 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." En lo relativo a este pretendido ajuste, el de las normas procesales que deban implementarse para permitir la canalización de los derechos consagrados por la norma citada, lo que sorprende es que estas reglas, que son de resorte local, si son procesales, o de las normas de fondo a cargo del Parlamento Nacional conforme al artículo 75 inciso 12 de nuestra Carta Magna, surjan de la interpretación judicial a través de un fallo sólo aplicable a un caso concreto. Es más, como ocurrió con el caso "Vizzoti", la Corte Suprema fulminó la aplicación del tope previsto en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuando éste representara una quita confiscatoria; y, a renglón seguido, fijó una nueva fórmula de cálculo de dicha indemnización en los casos en donde se reunieran los factores de hecho analizados. Otro tanto ocurrió con el caso "Aquino", en orden a determinar la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo, en donde la habilitación del Código Civil en forma irrestricta, en función de los reclamos que pudiese formular el trabajador por esa vía del derecho común, se admitió indirectamente la aplicación de la teoría del "cúmulo", donde el trabajador no tiene una opción excluyente, sino que puede reclamar la indemnización especial; y en lo que exceda aquélla los daños y perjuicios del derecho común. En otros términos, la Corte Suprema ha avanzado sin retaceos en campos y ámbitos que son propios del Congreso Nacional y de las atribuciones propias del Poder Legislativo, que tiene a su cargo la formación de las leyes, en donde la creación pretoriana debe ser el impulsor de reformas y el inspirador de los cambios, aunque le esté vedado por la Constitución Nacional violar la división de poderes y arrogarse atribuciones que son propias de otro poder del Estado.

Por último, la Corte Suprema, en el fallo comentado, parte de presupuestos basados en la sana crítica y en la "idoneidad" que induce la existencia de hechos que pueden conformar la base de un despido que en sí se constituyó en discriminatorio. En efecto, en el fallo se afirma: *"Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo (discriminatorio), con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación."* *"La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se 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."* En sí mismas estas expresiones son por sí elocuentes en el sentido de establecer con claridad que la parte actora, que tenía a su cargo la acreditación de una conducta reprochable, que la Corte da por cierta en función de los *"hechos que, prima facie evaluados, resultan idóneos para inducir su existencia"* nos permiten deducir, que la prueba aportada no bastó para demostrar su existencia, y que tampoco hubo ningún elemento que relacione el despido incausado de la reclamante con una *enarbolada acción discriminatoria promovida por la empresa que se plasmó en el despido*. En otros términos, parece surgir de esta sentencia sorprendente en todos sus ángulos de análisis, que cuando una empresa realice un despido incausado deberá valerse de elementos probatorios suficientes para desnaturalizar que un despido en los

términos del artículo 245 (LCT) lo fue conforme a derecho, pero además, lo fue sin ninguna otra intención encubierta, ni se generó en una causa inconfesable, o en una represalia plasmada por dicha forma de extinción.

## **VI. La carga de la prueba dinámica, las presunciones y la inversión de la carga probatoria**

La carga dinámica de la prueba es un medio excepcional que desplaza el *onus probandi* hacia quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales, fácticas y de oportunidad, en el contexto del principio de buena fe y solidaridad procesal, que incluso podría perjudicar a quien aporta dichos medios. En efecto, quien resulte adjudicatario de este desplazamiento de la carga probatoria podría tener que aportar pruebas que lo dañan en su defensa o que le comprometen el caso, todo ello en procura de lograr o de obtener la verdad real. En rigor, no puede demandarse del empleador la prueba negativa para obtener la verdad real, ni le pueden requerir que aporte pruebas que sólo puede generar el agraviado o el ofendido, inclusive en muchos casos que responden a la subjetividad, o a motivaciones que escapan a la custodia de los bienes jurídicamente tutelados que están en juego. En rigor, la carga probatoria dinámica sólo puede admitirse en forma excepcional cuando quien tiene a su cargo la prueba conforme a las normas procesales y, en su caso, de fondo en esta materia aporta elementos probatorios que resulten indiciarios o generen semiplena prueba, o pruebas que ofrezcan dudas razonables.

Pero resulta claro en mi observación sobre el caso comentado, que es menester encontrar el camino adecuado para resolver este tipo de controversias; y para ello resulta indispensable que —como postura de mínima— cada uno de los poderes del Estado debe asumir su función y responsabilidad dentro del marco de lo impuesto por nuestra Carta Magna, para que los jueces interpreten el derecho en los casos particulares, para que el Poder Ejecutivo vele por el cumplimiento de las leyes con transparencia, calidad y claridad institucional, y para que el Parlamento debata y apruebe las leyes que deben regir los nuevos institutos del derecho, en especial el derecho de no discriminación arbitrario en todas sus formas, y en nuestra materia en particular, con el sesgo que impongan la realidad y el marco tuitivo especial que siempre ha sido el eje causal de la vigencia y de la existencia del derecho del trabajo.

***Julián Arturo de Diego***

**Estudio de Diego & Asociados**

Seguinos en    



**Puede consultar este y otros artículos en la sección  
“Nuestros Servicios – Informes Generales” de nuestra web**