

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011

Vistos los autos: "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo".

Considerando:

1º) Que, en lo que interesa, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo adversa al reclamo de nulidad del despido y reinstalación en el cargo, fundado por la empleada en el art. 1 de la ley 23.592 y en considerar que el motivo real del distracto no fue el invocado a modo de justa causa por la demandada sino que respondió a razones de índole discriminatoria. El a quo sostuvo, a tal fin, que la respuesta de "nulidad intensa" que contempla la norma citada requiere de "una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados". Asentó tales asertos en dos razones: la primera, que el régimen de estabilidad relativa impropia sólo genera consecuencias indemnizatorias y, la segunda, que el juego armónico de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la Constitución Nacional, impone un "estricto análisis de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria del contrato de trabajo". Con este marco conceptual, y después de establecer que el aludido "esfuerzo probatorio" recaía "únicamente" sobre la trabajadora, juzgó que los elementos de ilustración acompañados no fueron "suficientes" para establecer un "claro nexo causal" entre la ruptura contractual y el motivo invocado por la actora, no obstante admitir la existencia de indicios favorables al respecto.

2º) Que los agravios dirigidos a las pautas probatorias establecidas por el a quo para ser aplicadas en litigios civiles que, con arreglo a la ley 23.592, ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación,

remiten al estudio de cuestiones de índole federal (art. 14.1 de la ley 48), mayormente cuando esta Corte, a tal fin, no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (*Schnaiderman*, Fallos: 331:735 - 2008 y sus citas). En consecuencia, y en tal medida, al estar reunidos los restantes recaudos de admisibilidad, procede habilitar esta instancia extraordinaria.

3º) Que el Tribunal, en bien conocidos precedentes, tiene aclarado que sostener que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, es conclusión que no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación (*Kot*, Fallos: 241:291, 302, de 5 de septiembre de 1958). Más aún; en palabras del caso *Siri*, resuelto pocos meses antes y recordado en *Kot*, el reclamo que formula la Constitución Nacional relativo al goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho, impone "a los jueces el deber de asegurarlas" (Fallos: 239:459, 464, del 27 de diciembre de 1957). *Kot*, asimismo, resultó la primera oportunidad en que el Tribunal hizo mérito, entre otros fundamentos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8º), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas: "[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (cit., p. 302).

Este último, y temprano señalamiento, a su vez, puso en evidencia la preocupación internacional por las garantías o recursos de protección de los derechos humanos, ya iniciada, justo es puntualizarlo, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948, mediante su art. XVIII: "[t]oda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer

valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

4º) Que, por cierto, dicha preocupación no haría más que acrecentarse en los posteriores desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el orden universal como en el regional. Son ejemplo de ello, por mencionar sólo textos con jerarquía constitucional, además de los dos ya indicados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 2.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2.c), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25). Todos ellos apuntando, expresa o implícitamente, a recursos dotados, entre otros recaudos, de "efectividad".

De tal suerte, la cuestión de los medios procesales destinados a la protección y, en su caso, reparación de los derechos y libertades humanos, se erigió como uno de los capítulos fundamentales del mencionado Derecho Internacional, impulsada por dos comprobaciones elementales: por un lado, que la existencia de estas garantías constituye uno de los "pilares básicos" del Estado de Derecho en una sociedad democrática, pero que, por el otro, "no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso [...] que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C N° 129, párr. 93 y sus citas; v. asimismo, entre los antecedentes históricos: *Velásquez*

Rodríguez vs. Honduras, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párrs. 63, 66 y 81). Dicha efectividad del recurso, naturalmente, "debe ser medida" de acuerdo a la posibilidad de "cumplir con su objeto", de "obtener el resultado para el que fue concebido" (ídem; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 49/99, caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz - México*, 13 de abril de 1999, párr. 81, y "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, párrs. 248, 251 y 259). En otras palabras, la aludida calidad sólo puede ser evaluada en los casos concretos, tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes, el régimen nacional aplicable y los caracteres especiales del derecho subjetivo interesado (Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl/Estrasburgo/Arlington*, N.P. Engel, 1993, p. 60, a propósito del ya citado art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La flexibilidad y amplitud que brinda a los Estados el hecho de que la efectividad de los derechos deba ser realizada "por todos los medios apropiados" (v.gr. PIDESC, art. 2.1), "coexiste" con la "obligación" de aquellos de "utilizar todos los medios de que dispongan" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto*, 1998, párrs. 1/2), entre los cuales se inscriben, desde luego, las sentencias judiciales (*García Méndez y otra*, Fallos: 331:2691, 2702 - 2008).

5°) Que se sigue de las anteriores consideraciones relativas al bloque de constitucionalidad, que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos,

derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Incluso el inciso 2.b del ya mencionado art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos ("Los Estados se comprometen [...] b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial"), bien puede ser entendido como un reforzador del antedicho compromiso en punto a la calidad de los recursos toda vez que, después de todo, la obligación de establecerlos ya está enunciada en el inciso 1 de dicho artículo.

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 (*Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo*, Fallos: 332:170 –2009–, y otros). *Corpus* este 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. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto.

En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba,

el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto estos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; PIDESC, arts. 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esp. arts. 2, 3 y 5 a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2º). Tanto es así que, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal en *Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA* (Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 - 2010), los mentados principios han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*, según lo ha esclarecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párrs. 97/101 y 110), lo cual acentúa, para el Estado, la "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato" de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Nº 18. El Derecho al Trabajo, 2005*, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de "proteger" los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (ídem, párr. 22).

6º) Que, indudablemente, 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" (*Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos: 308:647, 653 -1986-; *Álvarez c/ Cencosud SA*, cit., p. 2325).

En tales condiciones, cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo "cabalmente". Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado "prima facie" que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente (*Concluding observations: Zambia*, 2005, CERD/C/ZMB/CO/16, párr. 18: "[t]he Committee [...] encourages the State party to envisage regulating the burden of proof in civil proceedings involving racial discrimination so that once a person has established a prima facie case that he or she has been a victim of such discrimination, it shall be for the respondent to provide evidence of an objective and reasonable justification for the

differential treatment"). En igual sentido se ha pronunciado en otras y numerosas oportunidades (v.gr.: *Concluding observations: Australia*, 2005, CERD/C/AUS/CO/14, párr. 15; *Concluding observations: Iceland*, 2005, CERD/C/ISL/CO/18, párr. 14; *Concluding observations: Republic of Moldova*, 2008, CERD/C/MDA/CO/7, párr. 10; *Concluding observations: United States of America*, 2008, CERD/C/USA/CO/6, párr. 35, entre muchas otras). Todo ello, por lo pronto, en correspondencia con lo expresado por el citado Comité en su *Recomendación general XXX*, de 2004 (párr. 24).

Procede agregar, desde luego, que los descriptos resultan lineamientos tan sólidamente arraigados como extendidos, según lo demuestra su presencia en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto para la discriminación en general (v.gr. *Observaciones finales: Hungría*, 2007, E/C.12/HUN/CO/3, párrs. 8 y 31), cuanto para la referente a la relación de empleo (*Concluding observations: Liechtenstein*, 2006, E/C.12/LIE/CO/1, párrs. 7 y 26; *Concluding observations: Luxembourg*, 2003, E/C.12/1/Add.86, párr. 10; *Observaciones finales: Grecia*, 2004, E/C.12/1/Add.97, párr. 6; *Observaciones finales: Polonia*, 2002, E/C.12/1/Add.82, párr. 7). Su *Observación general N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, de 2009, que tuvo por objeto aclarar la comprensión del art. 2.2 del PIDESC, reitera la perspectiva enunciada (párrs. 6 y 40).

Súmanse a dichos órganos, incluso en el terreno laboral, tanto el Comité de Derechos Humanos (*Observaciones finales: Islandia*, 2005, CCPR/CO/83/ISL, párr. 5; *Observaciones finales: Chile*, 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 18), cuanto el Comité contra la Discriminación de la Mujer (*Observaciones finales: Alemania*, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, párrs. 17 y 18; asimismo: *Observaciones finales: Luxemburgo*, 2003, A/58/38, párr.

295; *Observaciones finales: Lituania*, 2008, CEDAW/C/LTU/CO/4, párr. 5).

Es del caso acotar que estas pautas no sólo asisten a las presuntas víctimas de discriminación en tanto que litigantes, sino que también tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia (v. *Concluding observations: Zambia*, cit., párr. 19; v. asimismo el segundo párrafo in fine del considerando siguiente). Luego, también tributan al combate contra la impunidad, la cual, resulta innecesario expresarlo, "propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Garibaldi vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de septiembre de 2009, Serie C N° 203, párr. 141 y sus citas).

7°) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo, máxime dado el especial y casi centenario cuidado puesto por ésta a los principios de igualdad y de no discriminación en el universo laboral, reafirmados e integrados, para 1998, en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (2.d). Así lo demuestra el estudio especial *Igualdad en el empleo y la ocupación*, elaborado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de dicha Organización, en 1988, íntimamente vinculado con normas fundamentales de esta última, así como con el Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (ratificado en 1968), de jerarquía supralegal, como todos los de su género, de acuerdo con el art. 75.22, primer párrafo, de la Constitución Nacional (*Milone*, Fallos: 327:4607, 4616 -2004).

En tal sentido, advirtió que "[u]no de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se

refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido" (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, "es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (ídem). Por consiguiente, continuó, "en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación" (ídem). En diversos Estados, agregó con cita de Estados Unidos de América, República Federal de Alemania, Francia, Jamaica, Finlandia y Suecia, "la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. Si tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que habrá de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio" (ídem). Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, "la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que

el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo" (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una "importancia fundamental en toda discriminación alegada", dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]" (párr. 225), para concluir en que, de todo ello, "se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]" (ídem).

En un análogo orden de ideas se inscriben los estudios especiales de la mencionada Comisión de Expertos, de 1996, homónimo al antedicho (párr. 264); de 1986, titulado *Igualdad de remuneración* (párrs. 102 y 167), y de 1983 sobre *Libertad sindical y negociación colectiva* (párr. 280; v. asimismo: *Observación individual sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) Uruguay (ratificación: 1989) Publicación: 2010*), segundo párrafo).

8º) Que si bien lo ya expresado es suficiente para descartar todo sustento a la postura asumida por el a quo, es oportuno y conveniente señalar que la reflexión sobre los problemas probatorios en la materia *sub discussio* también ha surgido, desde hace tiempo y de manera no menos manifiesta, en otros ámbitos, como el de la Unión Europea, tal como lo acredita, entre otros antecedentes, la *Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*, cuyo objetivo radicó en "mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas

por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes" (art. 1; v. asimismo los párrs. 17/18 de los considerandos). A tal fin, dispuso en su art. 4 ("Carga de la prueba"): "1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. 2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante".

Otras directivas del mismo origen y signadas por una análoga orientación y resultado, como las *2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (29 de junio de 2000, art. 8 y párr. 15 de los considerandos), *2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (27 de noviembre de 2000, art. 10 y párrs. 15, 31 y 32 de los considerandos) y *2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (13 de diciembre de 2004, art. 9 y párr. 22 de los considerandos), también habían partido de la comprobación de que, en los casos de igualdad de trato, resulta, a menudo, muy difícil obtener las pruebas necesarias para demostrar dicho motivo, las cuales suelen obrar en poder del demandado. Comprobación esta que, en lo esencial, conviene subrayarlo, ya había sido señalada, con iguales fines en cuanto a la faz probatoria, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (v.gr., *Danfoss*, asunto

109/88, sentencia del 17 de octubre de 1989, Recopilación 1989, p. 3199, y otros; v. asimismo, sobre el antes citado art. 8 de la Directiva 2000/43/CE: asunto C 54/07, sentencia del 10 de julio de 2008, esp. párr. 30).

Más todavía; la antedicha *Directiva 97/80/CE*, junto con otras, fue refundida en la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, reiterando el entendimiento de que “[l]a aplicación efectiva del principio de igualdad de trato [...] requiere que los Estados miembros establezcan procedimientos adecuados” y que la “adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del [citado] principio” (considerandos, párrs. 29/30; v. art. 19, que reitera el citado art. 4 de la *Directiva 97/80/CE*).

En este contexto, también es apropiado memorar alguna de las normas internas que han traspuesto estos instrumentos, entre las que se destacan, la ley francesa n° 2008-496, del 27 de mayo de 2008 (*Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*), modificatoria, entre otras disposiciones, del art. L 1134-1 del Código del Trabajo; la Ley Orgánica española 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Ley General de Igualdad de Trato alemana (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, § 22), y el Código de la Igualdad de Oportunidad italiano (*Codice delle Pari Opportunità*, decreto legislativo del 11 de abril de 2006, art. 40.1).

9°) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, la cual, según sus propias

palabras, por un lado, ha tenido posteriores concreciones en la legislación procesal española y recibido consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa (p.ej., la ya citada *Directiva 97/80/CE*) y, por el otro, se funda tanto en la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, cuanto en considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de develar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial (*STC 17/2003*, sentencia del 30 de enero de 2003, fundamento jurídico 4 y sus citas). En tal sentido, ese tribunal tiene juzgado que "cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada" (*STC 17/2007*, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas).

La Corte Constitucional belga, a su turno, tuvo ocasión de examinar los agravios que, dirigidos contra la distribución de la carga probatoria prevista en la ley "antiracismo", la ley general "antidiscriminatoria" y ley sobre

"género", se basaban en que estas normas violaban los arts. 10 y 11 de la Constitución de Bélgica, así como el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia garantizado por el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en la medida en que desplazaban la carga de la prueba sobre el demandado en una acción civil por un acto discriminatorio. El citado tribunal, en primer lugar, advirtió que esta última carga sólo se producía después de que la presunta víctima hubiese probado hechos suficientes y pertinentes que hicieran presumir la existencia de discriminación y su específica relación con la persona del autor del acto, y que dichos elementos de ilustración no se beneficiaban de una fuerza probatoria particular, lo cual el juez debía evaluar según las reglas de derecho común. Sobre estas bases, entre otras, descartó un menoscabo al debido proceso, desde el momento en que los preceptos habían alcanzado un justo equilibrio entre las partes en el proceso, por un lado, al tener en cuenta la situación desfavorable en la que se encuentra la víctima desde un comienzo en el litigio y, por el otro, al someter las situaciones en las cuales la carga probatoria se traslada al demandado a una serie de condiciones razonables. Finalmente, también desconoció una violación a la presunción de inocencia desde el momento en que la normativa no era aplicable a procesos penales (*Arrêt n° 17/2009*, del 12 de febrero de 2009, párr. B.91 y ss.).

El presente problema tampoco ha sido ignorado por la Cámara de los Lores inglesa. En *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, del 9 de diciembre de 2004, la Baronesa Hale of Richmond recordó que, desde 1968, resultaba ilícito para los empleadores (así como para los proveedores de educación, vivienda, bienes y otros servicios), discriminar a las personas por su condición racial, tal como lo prescribía la ley vigente (*Race Relations Act 1976*), que en muchos aspectos se identificaba con la *Sex Discrimination Act 1975*. Los principios que

establecían, acotó, eran bien conocidos y simples, aunque de dificultosa aplicación en la práctica. Los elementos de la discriminación ilícita eran (i) una diferencia de trato entre una y otra persona (real o hipotético) de diferente sexo o grupo racial; (ii) que el trato fuera menos favorable para una de aquéllas; (iii) que sus circunstancias relevantes fueran igual o materialmente no diferentes , y (iv) que la diferencia de trato se basara en el carácter racial. Empero, observó, dado que las personas raramente advierten sus prejuicios y pueden incluso no ser conscientes de ello, la discriminación, normalmente, resulta probada más por inferencias que por pruebas directas ("*However, because people rarely advertise their prejudices and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence*"). "Luego, una vez acreditado el trato menos favorable en comparación con otra persona -elementos (i), (ii) y (iii)-, la corte debe dirigirse al señalado como discriminador requiriéndole una explicación. Esta última debe, por cierto, no estar relacionada con la raza o el sexo del actor. Si esto último no fuera así, o no fuese dada una explicación satisfactoria, es legítimo inferir que el trato menos favorable se fundó en motivos raciales: véase: *Glasgow City Council v Zafar* [1997] 1 WLR 1659, aprobando *King v Great Britain-China Centre* [1992] ICR 516. Si la diferencia es racial, los motivos o razones que estén detrás de ello son irrelevantes: ver, por ejemplo, *Nagarajan v London Regional Transport* [2000] 1 AC 501" (párr. 73).

Incluso, desde el punto de vista de la Carta Social Europea revisada, el Comité Europeo de Derechos Sociales tiene resuelto que del art. 1.2 de ésta ("Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen [...] 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido"), se desprende la obligación estatal de "aligerar" (*alleviation*) la carga de la prueba del empleado en controversias atinentes a la

discriminación en el trabajo (reclamo n° 24/2004, SUD *Travail Affaires sociales c. France*, decisión del 8 de noviembre de 2005, párrs. 34/35). Asimismo, en la introducción general de sus conclusiones 2008, reiteraría que en los litigios relativos a una alegación de discriminación en el ámbito cubierto por la citada Carta, "la carga de la prueba no debería pesar enteramente sobre el demandante, sino ser objeto de un aligeramiento apropiado" (European Committee of Social Rights, *European Social Charter (revised) - Conclusions 2008*, vol. 1, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2008, p. 10).

Más aún; dentro del marco del citado Consejo de Europa también se destaca la Recomendación de Política General n° 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la cual, después de citar, entre otros antecedentes, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE de la Unión Europea, recordadas en el considerando anterior, precisó que un componente clave para la legislación nacional contra el racismo y la discriminación racial, consistía en que previera que si una persona que se consideraba víctima de un acto discriminatorio establecía ante un tribunal hechos que permitían presumir que había sido víctima de una discriminación directa o indirecta, correspondía a la parte demandada probar que no se había configurado una discriminación (*Recommandation de Politique Générale N° 7 de L'ECRI sur la Législation Nationale pour Lutter contre le Racisme et la Discrimination Raciale*, 13-12-2002, III, 11).

10) Que aun cuando referente al contencioso de la Convención Europea de Derechos Humanos y a un supuesto de discriminación indirecta, no puede ser pasada por alto la sentencia *D.H. et autres c. République Tchèque / D.H. and Others v. the Czech Republic*, dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos el 13 de noviembre de 2007, mayormente cuando la jurisprudencia de esta última, a juicio del Tribunal, constituye una pauta "valiosa" de hermenéutica de los tratados (*Llerena*,

Fallos: 328:1491, 1514 -2005). En efecto, en dicho caso, su formación más solemne, *i.e.*, la Gran Sala, advirtió, por un lado, que el grado de convicción necesario para alcanzar una conclusión y, al respecto, el reparto de la carga de la prueba, están intrínsecamente ligados a la especificidad de los hechos, a la naturaleza de la alegación formulada y al derecho convencional en juego (párr. 178). Y por el otro, que no todos los litigios se prestaban a una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* (párr. 179), de manera que no debía excluirse, en casos de discriminación, la posibilidad de requerir del Estado demandado que, frente a un "agravio defendible" (*grief défendable / arguable allegation*) debiera refutarlo. En suma, previo recordar su antecedente *Natchova et autres c. Bulgarie / Natchova and others v. Bulgaria* -en el que había reconocido los escollos probatorios de los reclamantes para demostrar la existencia de un trato discriminatorio- y las directivas 97/80/CE y 2000/43/CE, ya mencionadas anteriormente (considerando 8), juzgó que, en estos supuestos, debían aplicarse a los actores reglas probatorias menos rigurosas, por lo cual, cuando estos aportaran hechos fiables y significativos para constituir un principio de prueba (*commencement de preuve / prima facie evidence*) o una presunción simple del mencionado trato, correspondía al Estado demandado demostrar que la distinción cuestionada no era discriminatoria (párrs. 186/189).

Estas conclusiones, cabe agregar, no encuentran impedimento alguno para su aplicación en el campo de la discriminación directa (Dubout, Edouard, "L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: renovation ou evolution? Epilogue dans l'affaire *D.H. et autres c. République Tchèque*", en *Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme*, n° 75, 2008, ps. 839/840). Por lo demás, en el reciente *Muñoz Díaz c. Espagne / Muñoz Díaz v. Spain* (sentencia del 8 de diciembre de 2009, párr. 50) la Corte Europea volvió sobre alguno de los conceptos señalados en *D.H. et autres*, al

paso que el Parlamento Europeo se hizo eco de este último en la resolución del 14 de febrero de 2009 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (párr. 127).

11) Que las consideraciones que han sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva supralegal, establecen bases suficientes, según ha sido adelantado al comienzo del considerando 8, 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 estos 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.

Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. 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.

12) Que, de consiguiente, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado, lo cual, por un lado, vuelve abstracto el examen de los restantes cuestionamientos y, por el otro, no abre juicio sobre el desenlace definitivo de la causa (art. 16, primera parte, de la ley 48).

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.

ES COPIA

Recurso de hecho deducido por **Lilitiana Silvia Pellicori**, actora en autos, representada por los Dres. **Mario J. Saez** y **Jorge Bacqué**, en calidad de **patrocinantes**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 14**.

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2010/beiro/4-abril/pellicori_lilitiana_p_489_l_xliv.pdf

Despido - No discriminación - Carga de la prueba