



**DERECHO Y ACCESO LABORAL EN LA COMUNIDAD
TRANS: ANALISIS DEL FALLO “P., V., B., C/
MUNICIPALIDAD DE LA PLATA”**

NOTA A FALLO

Autora: Genovese, Carla Agustina.

D.N.I.: 36.225.862

Legajo: ABG 09692

Prof. Director: César Daniel Baena

Córdoba, 2021

Tema: Cuestiones de género

Fallo: Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires. "P., V. B. c/ Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos". (15 de Mayo de 2015). Sentencia A-74573

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Premisa fáctica e historia Procesal. 3.- Ratio decidendi. 4.- Análisis de la autora. 4.1 La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 4.2 Difícil acceso laboral para la Comunidad Trans. 4.3 Postura de la autora. 5.- Conclusión. 6.- Listado de referencias bibliográficas. 6.1 Doctrina. 6.2 Jurisprudencia. 6.3 Legislación. 6.4 Otras fuentes. 7.- Anexo.

1. Introducción

El presente trabajo final de grado tiene la modalidad de ser realizado como una nota a fallo en la cual realizaremos un estricto análisis del fallo caratulado "*P., V. B. c/ Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos*", numero A-74573 dictado por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) de la Provincia de Buenos Aires.

El caso consiste en que una mujer trans que se desempeñaba como personal temporario mensualizado en la Municipalidad de la Plata fue despedida. Primera instancia había ordenado al demandado reinstalar a la actora, bajo el régimen de la ley 14.783, como trabajadora de dicha institución, a partir del pronunciamiento de la notificación y hasta la sentencia definitiva. Luego, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Plata hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de la Plata, revocando la decisión de primera instancia que había ordenado la reinstalación. Disconforme con la resolución dictada, la parte actora dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, el cual es denegado por la Cámara (tribunal a quo) fundamentando que la decisión no era definitiva ni equiparable a tal. Dicho pronunciamiento motivó la interposición de la queja prevista en art. 292 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por parte de la trabajadora. En dicho recurso alegó que se había desvirtuado el instituto cautelar al exigirle indebidamente un mayor debate y prueba, y justificó el peligro en la demora en el hecho nuevo mencionado de vivir con VIH.

Este caso aborda cuestiones muy importantes con respecto a la perspectiva de género, discriminación e igualdad; temáticas muy presentes en la sociedad actual y que nos permiten cuestionar el funcionamiento y la presencia del estado con sus poderes en cuestiones tan importantes como estas. Hoy hablamos de igualdad pero ya no en un plano simplemente formal, la justicia debe dirigir su atención equilibrando las desventajas, sobre todo, considerando la diversidad de situaciones y vulnerabilidad a la que están expuestas determinadas personas.

El colectivo LGTBIQ+ se posiciona como una de las poblaciones más vulneradas a lo largo de la historia, atravesado por un contexto de discriminación y marginación, privados de los derechos fundamentales y llevados a un grado de pobreza en la que la

pregonada igualdad, presente en innumerables leyes, resulta imposible; y como consecuencia de ello muchos “eligen” como alternativa de subsistencia la prostitución.

A nivel internacional son muchos los tratados (los cuales serán mencionados a lo largo de la nota) que pusieron el foco en acabar con estas cuestiones; en nuestro país, se dictó la ley 14.783 aprobada en septiembre del año 2015, la cual establece el cupo trans (1%) en el sector público de la Provincia de Bs As.

Dicho esto, vamos a centrarnos en analizar el enfoque jurídico desarrollado por la SCJ de Bs. As. que más allá de abarcar cuestiones muy contemporáneas con respecto a las problemáticas de género, deja de manifiesto que existen contradicciones y diversas formas de interpretar el derecho en las distintas instancias. Esta problemática judicial se sitúa en el ámbito de la valoración de los principios para la aplicación de la norma, y las condiciones en las que la prueba debe ser tenida por certera. Por lo tanto se presentan problemáticas axiológicas y de prueba.

Adentrándonos en el análisis del caso en particular advertimos que de forma unánime la SCJ rechaza el dictamen del a quo por no haber considerado el peligro en la demora y el gravamen derivado del cese de la relación laboral que le provoca a la actora, al no tener en cuenta la condición en la que se encontraba con respecto a su estado de salud, siendo portadora de VIH y habiendo presentado como hecho su diagnóstico.

En este sentido hay un conflicto de tipo axiológico que para Alchourron y Bulygin (2012) “se manifiesta cuando las condiciones relevantes establecidas por la autoridad normativa no son suficientes y es preciso considerar otra condición relevante, como un principio o valor superior.”

Por consiguiente:

Quién debe decidir el problema se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios conflictivos y contradictorios que sobre él inciden, y llegar a partir de ello a una resolución, en vez de identificar a uno solo, entre los demás, como válido. Insiste en que un resumen preciso de las consideraciones que deben tener en cuenta los abogados para decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes incluiría proposiciones que tuvieran la forma y la fuerza de principios, y en que los propios abogados y jueces, cuando justifican sus conclusiones, usan frecuentemente proposiciones que han de ser tenidas en cuenta de esa manera. Dworkin (2004).

La segunda problemática encontrada en este fallo se refiere a la complejidad de probar los actos discriminatorios invocados por la parte actora, la cual mientras se desenvolvía en su relación laboral censuró expresiones públicas del intendente denunciándolo ante el INaDi y su contrato laboral fue rescindido antes de tiempo. A esto el tribunal a quo consideró que no había pruebas suficientes para tener por certero estos actos discriminatorios, atribuyéndole la carga probatoria a la actora; pronunciamiento de la cual difiere la SCJ al afirmar que el régimen de la prueba recibe un tratamiento diferencial en los procesos que versan sobre derechos sensibles.

De este modo expresa Alchourron y Bulygin (2012) que “esta problemática aparece en el nivel de aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empíricos- conceptuales (semánticos)”.

No se analiza en concreto la prueba del caso sino su valor, y con ello el funcionamiento de la presunciones legales, cargas probatorias y valoración de algunos tipos de prueba en los hechos delimitados por la temática.

En este caso concreto hablamos de la carga de la prueba, la cual tradicionalmente pesaba sobre el actor que afirmaba la existencia de algún acto controvertido y el otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa. Al paso del tiempo y considerando innumerables circunstancias, esta fue cambiando, tanto que en la actualidad expresa Peyrano (1999) “se considera regla de distribución de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla.”

También hay autores que establecen:

Que debe reconocerse que las partes son diferentes, de allí que ofrecerles las mismas armas no asegura una habilidad igual para defender sus intereses en el proceso. El juez desempeña el papel de atemperador de las diferencias y desventajas que afrontan las partes. Las limitantes fundadas en condiciones de desigualdad se manifiestan tanto en las restricciones para acceder a la justicia como en los problemas que encuentran las partes al litigar, por estar colocadas en una objetiva desventaja. Oteiza (2009) con cita de Damaska.

Así el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), en uno de sus artículos establece que el juez debe distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarlas.

2. Premisa fáctica e historia procesal

El fallo que motiva la presente nota aborda el despido de una trabajadora trans, que cumplía su rol de personal temporario con modalidad mensual en la Municipalidad de La Plata, en la cual se desempeñó desde septiembre del año 2013 hasta diciembre del 2015, momento en que las autoridades municipales recientemente electas decidieron cerrar el programa del cual ella era parte y no renovar el contrato. El 1° de Abril del año 2016 V.B.P. interpuso una demanda para que se ordene su reincorporación urgente a su puesto de trabajo, dando así cumplimiento de la ley provincial de cupo laboral trans N°14.783, y a los derechos consagrados en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

El fallo de primera instancia ordeno a la parte demandada, como medida cautelar, reinstalar a la actora en su puesto de trabajo hasta el dictado de la sentencia definitiva. Ante esto, la municipalidad de la Plata interpuso un recurso de apelación, el cual la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata hizo lugar por mayoría, lo que motivo a V.B.P. a interponer recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, que le fue denegado con fundamento en que no se contaba en las actuaciones con elementos suficientes para tener por satisfecho el recaudo de la procedencia de la tutela provisoria referido a la verosimilitud del derecho. Ponderó que no podía accederse a un

grado razonable de certeza en torno a la discriminación invocada en el escrito inicial como motivo del cese, y que la decisión no era definitiva ni equiparable a tal.

Disconforme, la accionante interpuso la queja prevista en el Art. 292 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la que alegó que se había desvirtuado el instituto cautelar exigiéndole de forma indebida un mayor debate y prueba, y justificó el peligro en la demora en el hecho nuevo alegado de vivir con HIV.

3. *Ratio decidendi*

A continuación detallaremos los argumentos esgrimidos por los magistrados que dieron lugar finalmente a la decisión de la Suprema Corte.

Uno de los problemas jurídicos se manifiesta a raíz de que el tribunal a quo para evaluar el pedimento cautelar no tomó en consideración un principio de gran relevancia como lo es la particular situación en la que se encontraba la demandante con respecto a su estado de salud. Los miembros de la SCJ entendieron que el hecho nuevo presentado por la actora de ser portadora de Virus de Inmunodeficiencia Humana está por encima de cualquier otra consideración que pueda hacerse del caso, ya que privarla del ingreso percibido por su labor supondría un gravamen que difícilmente podría ser reparado con posterioridad, debido a que implicaría una seria afectación al derecho a la salud presente en nuestra Constitución a través del art. 75 inc. 22 que otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales firmados por la nación. En este sentido, a modo de ejemplo, surge clara la aplicación de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su art. 25 párrafo 1º: toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación y el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Guiándose por postulados de la CSJ en la causa “Pellicori”, los jueces entienden que la interpretación y aplicación que se haga de las normas debe procurar ajustar a la protección efectiva de los derechos humanos teniendo en cuenta la realidad que los rodea y respetando los postulados del debido proceso, fundado esto en el art.2 del CCyCN que establece que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Siguiendo con la resolución de la problemática jurídica a la que se enfrentaron los magistrados, encontramos el conflicto referido a la forma de probar la discriminación; en tal caso los jueces del alto tribunal hicieron hincapié en lo difícil que es para las víctimas probar esa situación. El a quo en este sentido estimó que no había un grado razonable de certeza con respecto a la discriminación invocada por la actora como motivo del despido, a lo que el ad quem, tomando como referencia el caso “Sisneros” entiende que los actos discriminatorios son llevados a cabo bajo tal simulación que hay una gran dificultad para producir prueba, es por ello que es suficiente con la afirmación de la parte víctima, la acreditación de hechos idóneos para suponer su existencia, a los que le corresponderá al demandado probar que ese acto estuvo alejado de toda discriminación y movido de forma razonable y objetiva. En razón de esto el tribunal le da fundamental importancia al dinamismo de la carga de la prueba y al concepto de igualdad en plano real. Explican los

jurisdicentes que, si los principios de prohibición de discriminación e igualdad, son el objeto a ser tutelado, los instrumentos procesales tendrán que adecuarse y flexibilizarse en función del eficaz aseguramiento de estos derechos, los cuales forman parte de principios de ius cogens para el derecho internacional; y que es el juez el encargado de dirigir el procedimiento y mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34 inc. 5 del CPCC).

No menos importancia se le da al principio de justicia social plasmado en el art. 39 inc. 9 de la Constitución de Bs. As., que también fue tenido en cuenta en “Bercaitz” al disponer que los recursos con que la comunidad cuenta y su actividad deben ser llevadas a cabo en vistas a lograr que todos sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización, deuda que viene a saldar la ley 14.783 con el colectivo trans, apoyada en el principio N°13 de Yogyakarta (2017) que reconoce la necesidad de la protección contra el desempleo y la responsabilidad del Estado de garantizarles la inclusión laboral.

4. Análisis de la autora

4.1. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

Como se expuso anteriormente, la Suprema Corte de Justicia para la resolución del problema axiológico que se presenta en el fallo, realiza un juicio de valor con respecto a la importancia que tiene, en este caso, el estado de salud de la actora y cómo este principio es relevante para arribar a una conclusión distinta que la dictada por la Cámara de Apelaciones. El derecho a la salud es un derecho fundamental de todas las personas, por pertenecer a la categoría de derechos personalísimos, es oponible frente a todos (erga omnes), es decir, frente a otras personas y frente al propio Estado; y es el Estado el que debe garantizar el acceso a la salud en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos. Asimismo lo decidieron los magistrados del alto Tribunal en uno de sus fallos (Farmacity S.A.) sosteniendo que la tutela de este derecho es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepa.

Traemos a colación al caso “Madorran c/ Administración Nacional de Aduana” del que surge con claridad que dignidad y trabajo, se relacionan en términos naturalmente entrañables, según lo reconoce con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional y lo reitera el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 10 de mayo de 1944, que asienta los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros: "todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades"; en consecuencia, y de este modo, cómo podrían asegurarse el acceso a la salud sin un trabajo que lo sustente.

Argentina es un país a la vanguardia en materia de leyes de género, que reconoce y protege los derechos de personas transexuales, esto se ve reflejado en nuestra

constitución nacional que en la reforma de 1994 mediante el art. 75 inc. 22 incorpora tratados internacionales a los cuales les da la misma categoría que la propia constitución. Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos, formando parte de este bloque constitucional, en su art. 25 inc. 1 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad; en ese sentido en el artículo 2 del mismo instrumento declara que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Siendo los jueces los aplicadores del derecho y tratándose de derechos y libertades humanas fundamentales, su interpretación debe ajustarse a las exigencias de la protección efectiva de los derechos humanos y teniendo en cuenta la realidad que los rodea.

En este caso resulta de suma importancia abocarse en la protección del estado de salud de una persona perteneciente a un colectivo vulnerado a lo largo de la historia. Es por eso que parece relevante señalar la importancia de los principios de Yogyakarta, los cuales se adaptaron en noviembre de 2017 para completar los del año 2006; que tratan sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. El principio 1 de dicho cuerpo reza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos, acompañando el principio 13, que establece que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Ahora bien, respecto de los actos discriminatorios existen un amplio abanico de tratados y leyes que protegen a las víctimas de estos actos y brindan la posibilidad de que los jueces distribuyan la carga probatoria en cabeza de la persona que está en mejor posición de probar, evitando de esta forma la re victimización de las personas en cuestión. La Declaración universal de los Derechos Humanos redacta en su artículo 7 que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. Con respecto a esta igualdad debemos expresar que para que verdaderamente sea llevada a cabo hay que posicionarse en un plano de realidad y tener en cuenta la amplitud de situaciones, diferencias y desventajas que enfrentan las partes, lo que implica que, brindarles las mismas herramientas no asegura la misma habilidad para defenderse en los procesos. La discriminación es una situación muy latente en casos que abarcan cuestiones de género; la evolución que ha tenido nuestro país, y en especial el avance de la jurisprudencia, aporta una riqueza que sirve de sustento para los nuevos conflictos.

“Pellicori” como así también “Sisneros” son antecedentes jurisprudenciales que sirven de fundamento para que la Suprema Corte se apoye con respecto a la resolución del problema de prueba presente en el fallo. La discriminación no suele manifestarse de

forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. La Corte Nacional elaboró un estándar probatorio aplicable a estas situaciones, según el cual, para la parte que invoca el acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cuál corresponderá al demandado, al que se le reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

En este sentido son los Estados los que tienen que comprometerse a adoptar medidas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 2); de esta manera, en el fallo “Álvarez c/ Cencosud” quedó plasmado el principio que así considerado, acarrea naturalmente obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un "deber especial" de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. En un mismo reglón la ley 20.744 que regula los contratos de trabajos en sus artículos 17, 81 y 172 representa una de las medidas tomadas por nuestro país para la eliminación de estos actos.

4.2. Difícil acceso laboral para la Comunidad Trans.

La Constitución de la Nación Argentina según el art. 14 bis protege al trabajo en sus diversas formas y le asegura al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, retribución justa así como también los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable, por otra parte el artículo 16 del mismo instrumento establece que todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. En un sentido parecido la constitución de Buenos Aires en su artículo 39 establece que en materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador. Un antecedente muy importante para la estabilidad de los trabajadores lo aporta la decisión del caso “Madorran c/ Administración Nacional de Aduana” en el cual se afirma que la "estabilidad consagrada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional en beneficio de los empleados públicos [...] es la llamada absoluta, su violación acarrea la nulidad de la cesantía y la reincorporación forzosa del empleado,"; y que esta garantía tiene plena operatividad aun cuando no exista norma alguna que la reglamente.

A pesar de que en nuestra ley suprema y en las constituciones de varias provincias se garantiza el acceso al trabajo, el colectivo LGTBIQ+ quedaba apartado de estas posibilidades. Ahora bien, respecto de esta temática debe reconocerse el avance que trae aparejada la sanción de la ley 14.783, dicha norma establece, para la administración pública de la Provincia de Buenos Aires, la obligatoriedad de ocupar en una proporción

no inferior al 1% de su personal a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en el empleo público (art. 1°). Por su parte, el artículo 2° de la citada ley, delimitando el alcance de su aplicación establece que “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por Ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar personas travestis, transexuales y transgénero [...] y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación. Por otra parte dicha ley debe ser interpretada en conjunto con el Convenio 111 de la OIT (Convenio sobre la discriminación, empleo y ocupación) que conceptualiza en su artículo 1 los términos discriminación, empleo y ocupación; y en su artículo 2 expresa que todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

4.3. Postura de la autora

Históricamente al colectivo Trans de nuestro país se le negó un derecho fundamental que es el derecho al empleo. Nuestra Constitución Nacional en su artículo 14 establece que todos los habitantes están legitimados a trabajar, pero en la realidad eso no se verifica; con lo cual, se deja también de lado el acceso a la salud, derecho fundamental y de gran importancia para las problemáticas que atraviesa este colectivo como ser la prostitución como único sustento de vida.

Después de abordar esta disputa, de una ardua investigación con respecto a las situaciones históricas, alarmantes y precarias que viene atravesando este colectivo y la poca, casi nula accesibilidad a la justicia, hemos llegado a la conclusión de que la resolución arribada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires es la correcta y además implica un antecedente de suma importancia que sienta una base para conflictos futuros.

En la sentencia se resaltó la situación de vulnerabilidad que atraviesa la comunidad y se señaló expresamente que el derecho pregona que todos los hombres son libres e iguales; pero es necesario tener en consideración que existen diferencias ciertas y que no puede mantenerse la libertad y la igualdad en un plano simplemente formal, las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin atención a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley tiene una visión de futuro, posteriores a su sanción, sosteniéndose que la justicia debe dirigir su mirada compensando las desventajas, si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables.

Según un informe de ATTTA y Fundación Huésped solo el 18% de las personas Trans tuvieron acceso a un trabajo formal, el 95% de la comunidad Trans ejercieron la prostitución como única forma de subsistencia. En la evaluación se citó el principio de Yogyakarta que reconoce la necesidad de la protección contra el desempleo y la ley

14.783, cuyo fin es corregir las dificultades de ingreso y permanencia en el empleo, a través de un cupo y del resguardo ante el despido discriminatorio por motivos de identidad de género, a nuestro punto de vista la efectiva aplicación de esta ley es la manera de contener de alguna forma a una persona que a lo largo de su vida fue marginada o excluida de la sociedad, y aportar a un cambio de paradigma respecto de la inclusión en el ámbito laboral.

En virtud a la prueba reunida, la SCJ consideró que los postulados de la medida cautelar se hallaban enteramente reunidos en el caso dado que durante en el desenvolvimiento de la relación, la actora había denunciado expresiones públicas que había tenido el intendente en un medio de comunicación, antes de ocupar su cargo, ante el INADI, coincidente esto con su posterior despido antes de tiempo. Siempre el empleado público está sujeto a los relevos en masa en ocasión de los cambios de gobierno. El sentido de la ley de cupo laboral trans es también para que los puestos administrativos reservados para el colectivo no sea tomados como botín de guerra. Esto es acertado por los magistrados ya que son ellos los encargados de dirigir el procedimiento y mantener la igualdad de las partes en el proceso; la prueba debe producirse por los medios previstos por la ley o por los que el juez disponga.

Por otro lado, se tuvo por acreditado el riesgo en la demora en función del carácter alimentario de las pagas dejadas de percibir, escenario que resulta empeorado por las particularidades del caso, ya que por el tiempo que duraría la conflictiva y la larga espera para arribar al pronunciamiento definitivo, cabía suponer que la privación de ese ingreso podría ocasionarle a la demandante un gravamen de difícil reparación posterior. Esta es una decisión adecuada, ya que, siguiendo a Dworkin, los principios dan razón para decidir en un sentido determinado e informan y sustentan las normas (reglas) jurídicas; y los casos difíciles solo tienen una respuesta correcta; por lo que, ante ellos, los jueces deben recurrir a los principios, los cuales son fundamentos de toda norma, y ante contradicciones o ausencia de norma tiene que aplicarlos. Así, la literalidad de una norma puede ser inaplicada por el juez cuando viola un principio que en el caso concreto se considera de valor superior. De esta forma la corte destacó en “Sisneros” que el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia, aún en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa, la discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional. Esa extensa protección responde al hecho de que las relaciones de poder entre las diversidades sexuales han sido históricamente desiguales. Si bien se produjeron grandes cambios en las últimas generaciones, las personas trans siguen siendo hoy un grupo desaventajado frente a la sociedad en múltiples contextos.

En razón de todo lo expuesto, consideramos impecable la resolución de la Suprema Corte de Justicia, la cual hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de la ley interpuesto por P. V. B., revocando la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Plata, resolviendo la reincorporación cautelar de la trabajadora a su lugar de trabajo, en lo que duren las discusiones en torno a la continuidad de su relación laboral.

Reflejados en las palabras del Dr. Zaffaroni en el caso “Álvarez c/ Cencosud” la reinstalación guarda especial coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños causados por un despido, ya que el objetivo primario de las reparaciones en esta materia debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, en tanto 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.

5. Conclusión

En definitiva, la corte Suprema de Justicia hizo lugar a la demandante P.V.B. la cual había iniciado su reclamo tras haber sido despedida de la Municipalidad de la Plata antes de la finalización de su contrato temporario de trabajo. De dicho reclamo, la Institución interpone un recurso de apelación, el cual es aceptado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Plata, en donde se revoca la decisión de primera instancia de reinstalar a la trabajadora en su puesto de trabajo. La actora, disconforme con esta decisión y bajo el hecho reciente de haber sido diagnosticada con VIH, interpuso el recurso de queja del art. 292 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En esta conflictiva la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tiene que resolver teniendo en cuenta la problemática axiológica en relación al estado de salud de la pretendiente, la cual pertenece a uno de los sectores más vulnerados socialmente a lo largo de los años. Considerar principios como el derecho al trabajo, la salud, la asistencia social, por encima de cualquier otra situación es la labor que tuvieron los magistrados en este caso de tanta complejidad, el cual consideramos que fue resuelto de la manera correcta porque marca un antes y un después en la lucha que viene llevando a cabo la comunidad Trans a lo largo de la historia. Es el inicio, como ya mencionamos, para un cambio de paradigma con respecto a la inclusión, sobre todo en el ámbito laboral.

Principios como la libertad y la igualdad nunca pueden quedar en manos restrictivas. Somos libres e iguales en la amplitud del desarrollo de nuestra vida, siempre que nuestras acciones o decisiones no afecten el orden público; esto fue lo que dedujeron los jueces al tomar la decisión y al avaluar la forma de probar la discriminación alegada por P.V.B. en la que del mismo modo entendieron que había que revertir la situación de debilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos desventajosos como consecuencia del tratamiento hostil que recibieron históricamente, y los prejuicios y estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos; cuando figuran entre los motivos conscientes que guían el actuar de las personas, éstas, normalmente lo ocultan, disimulándolos en razones aparentes. Entonces, cómo se le exige a un individuo que a lo largo de su vida fue dejado de lado - en muchas ocasiones aislada del seno familiar, sin la oportunidad de recibir una educación - que en momento de ser víctima de un acto discriminatorio sea la encargada de probarlos, si estos, en casi ninguna oportunidad se manifiestan de forma abierta e identificable. En este sentido, una vez más nuestros magistrados explicaron el dinamismo de las cargas probatorias y cómo debe ser aplicado en estos casos a los que la doctrina denomina casos sospechosos.

Para finalizar, nuestro país en los últimos años llevó adelante un avance en lo que respecta a la conquista de derechos de los más vulnerables, se reconoce un progreso en las problemáticas sociales, pero no es suficiente; el camino es muy largo, son necesarias leyes reglamentarias que complementan las ya existentes, como así también, una efectiva aplicación y acceso a la justicia. A nuestro análisis y entendimiento, este fallo implica una evolución en materia de cuestiones de género, dando puntapié a una nueva etapa para la lucha llevada adelante por el colectivo LGTVIQ+, en relación al acceso al trabajo en condiciones de igualdad, asegurando el desarrollo de la vida en condiciones dignas.

6. Listado de referencias bibliográficas:

6.1. DOCTRINA:

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, AR: Astrea.

Dworkin, R. (2004). *Los Derechos en Serio*. Madrid: Ariel.

Peyrano, J. W., (1999). *Compendio de reglas procesales*. Ed. Zeus

Oteiza E., (2009). *La prueba en el proceso judicial*. Ed Rubinzal Culzon.

6.2. JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (1 de Septiembre de 1992). Sentencia FA92000396. “Bercaitz, Miguel Angel s/ reclamo por liquidación de haberes jubilatorios”. [LEVENE (H) - CAVAGNA MARTINEZ - BARRA - FAYT - NAZARENO - MOLINE O'CONNOR].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (3 de Mayo de 2007). Sentencia “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”. [Argibay - Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti - Fayt – Petracchi].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (7 de Diciembre de 2010). Sentencia. “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”. [Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni - Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (15 de Noviembre de 2011). Sentencia. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. [CARLOS S. FAYT -ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI -JUAN CARLOS MAQUEDA -E. RAÚL ZAFFARONI].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (20 de Mayo de 2014). Sentencia FA14000071. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”. [LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (30 de Junio de 2021). Sentencia. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”. [Highton de Nolasco - Lorenzetti - Irurzun - Sotelo de Andreau].

6.3.LEGISLACION:

Código Civil y Comercial [Código] (2015)

Código Procesal Civil y Comercial [Código] (1967)

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1983). Reformada 1994

Constitución de la Provincia de Buenos Aires [Const.] (1989). Reformada 1994

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) Numero 111 (1958). Ginebra, 42° reunión CIT

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Resolución 217A (III)

Honorable Congreso de la Nación (13 de Mayo de 1976) Ley de Contrato de Trabajo [Ley 20.744] Decreto 390/1976

Honorable Congreso de la Nación (19 de septiembre de 2015) Ley de Cupo Laboral Trans [Ley 14.783 / 2015] B.O. 21/12/2015.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Resolución 2200 A (XXI)

6.4.OTRAS FUENTES:

Principios de Yogyakarta (2017)

Informe de ATTTA y Fundación Huésped (2010) <https://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2014/05/OSI-informe-FINAL.pdf>

7. Anexo

SENTENCIA: A-74573. **ACUERDO:** En la ciudad de La Plata, a 08 de mayo de 2019, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Negri, de Lazzari, Soria, Pettigiani, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa A. 74.573, "P., V. B. c/ Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos".

ANTECEDENTES: La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Municipio de La Plata y revocó la decisión de primera instancia que había ordenado al demandado, a título cautelar, reinstalar a la actora como personal temporario mensualizado a partir de la notificación de ese pronunciamiento y hasta el dictado de la sentencia definitiva, dejando sin efecto la apuntada medida precautoria (v. fs. 186/190 vta.).

Disconforme, la actora dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 198/212 vta.), que fue denegado por el a quo con fundamento en que la decisión impugnada no era definitiva ni equiparable a tal (v. fs. 214/215).

La denegatoria motivó la interposición de la queja prevista en el art. 292 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 275/295 vta.). Mediante resolución de fecha 2-III-2017

este Tribunal declaró mal denegado el remedio extraordinario, concediéndolo y llamando autos para resolver (v. fs. 312/314). Encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, corresponde plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN: ¿Es fundado el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 198/212 vta.?

VOTACIÓN: A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. En autos, en cuanto es pertinente para la resolución del caso, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación articulado por el municipio demandado, revocó la sentencia de primera instancia y dejó sin efecto la medida cautelar allí concedida -por la que se ordenaba reinstalar a la parte actora como personal temporario mensualizado a partir de la notificación de ese pronunciamiento y hasta el dictado del definitivo- (v. fs. 186/190 vta.).

Para así decidir, el Tribunal a quo consideró no se contaba en las actuaciones con elementos suficientes para tener por satisfecho el recaudo de procedencia de la tutela provisoria referido a la verosimilitud del derecho. En ese sentido, estimó que resultaba gravitante la situación de revista de la demandante -planta temporaria, con vencimiento a término y bajo el régimen de la ley 11.757- y ponderó que no podía accederse a un grado razonable de certeza en torno a la discriminación invocada en el escrito inicial como motivo del cese.

En su recurso de inaplicabilidad de ley (v. fs. 198/212 vta.), la parte actora destaca que, con anterioridad a la revocatoria de la medida cautelar, se presentó en el expediente denunciando como hecho nuevo el diagnóstico de ser portadora de Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV), circunstancia que, según alega, no fue ponderada por la Cámara.

Afirma, en síntesis, que la decisión impugnada no constituye una derivación razonada del derecho vigente; que los jueces omitieron deliberadamente considerar los términos de la ley 14.783, que desvirtuaron el instituto cautelar al requerir mayor debate y prueba y que la decisión es injusta e insensible por desentenderse de la particular situación relacionada con su estado de salud, así como de las graves consecuencias que derivarían de su dictado.

Sostiene que el pronunciamiento recurrido es dogmático, se aparta de la legislación vigente concebida de manera integral y omite valorar todos los recaudos exigidos para la procedencia de las medidas cautelares. En ese sentido, hace hincapié en la satisfacción del requisito del peligro en la demora y aduce que el gravamen derivado del cese de su relación de empleo es irreparable.

Por último, señala que la concesión de la medida precautoria en cuestión no conlleva afectación del interés público.

II. El recurso en tratamiento debe prosperar.

Si bien el esclarecimiento de la legitimidad de los actos administrativos enjuiciados es una tarea propia de la sentencia definitiva, advierto que se encuentran configurados en la

especie los requisitos exigidos en esta etapa procesal para el despacho favorable de la medida cautelar peticionada.

III. En reiteradas oportunidades este Tribunal ha expresado que la finalidad del instituto cautelar no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, motivo por el cual la procedencia de toda medida precautoria no exige de los jueces un examen de certeza sobre el derecho pretendido, sino verificar la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible (conf. art. 230 CPCC y doct. causas I. 1.947, "Bruno de Monterrubianesi", resol. de 5-X-2005; I. 68.807, "Madueño", resol. de 10-X-2007; e.o.).

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, definido como "...el peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto al llegar cuando el daño sea irremediable" (conf. Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales Comentados y Anotados", Ed. Platense, 1971, t. III, p. 60), se ha dicho que el mismo debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que pueden ser apreciados incluso por terceros (Fallos: 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695, 2278; 323:337, 1849; 326:1999, 3658).

IV. Tales premisas han sido soslayadas por el a quo quien omitió evaluar el pedimento cautelar a la luz de la delicada situación de la accionante, de sus sucesivas designaciones como personal temporario en la Municipalidad de La Plata y la naturaleza alimentaria del salario y desplazó, de ese modo, las normas denunciadas en el escrito en análisis.

A ello cabe agregar lo decidido por esta Suprema Corte en la resolución de fs. 312/314, en orden a que la sentencia de la Cámara actuante resulta equiparable a definitiva, en cuanto podría incidir también en el derecho a la salud de la peticionaria al privarla de la cobertura de la obra social.

Asimismo, y dado el tiempo que previsiblemente insumiría arribar al pronunciamiento definitivo, cabía presumir que la privación de aquel ingreso podría ocasionarle a la recurrente un gravamen de muy difícil reparación ulterior.

Por último, no se observa que la concesión de la medida, en los términos solicitados, pudiera causar algún perjuicio al interés público (conf. art. 22, inc. "c", ley 12.008, texto según ley 13.101).

V. Las razones expuestas resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y revocar, en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, CPCC).

Voto, así, por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo: Adhiero al voto del doctor Negri, formulando de mi lado consideraciones complementarias.

I. Suficiencia del recurso.

Encuentro debidamente controvertidos los soportes fundamentales de la sentencia de Cámara. Ello así en tanto en el recurso se hace mérito de una concreta situación

presuntamente discriminatoria, con estricta apoyatura en la legislación nacional y provincial pertinente con más la remisión al ámbito constitucional y supranacional aplicables.

II. La acreditación de los presupuestos de toda medida cautelar. Tanto en el recurso como en el pronunciamiento inicial se alude a una suerte de balance a efectuarse en la apreciación de los extremos requeridos para el otorgamiento de medidas cautelares, que operaría en términos de exigir un mayor o menor rigor en la valoración de uno de ellos según la envergadura o nitidez que presente el otro. En otras palabras, pareciera esbozarse un esquema a tenor del cual, por ejemplo, a mayor intensidad que exhibiese el requisito verosimilitud del derecho menor exigencia debería ponerse en la estimación del peligro en la demora. No comparto esta ecuación. La interinidad del juzgamiento en el terreno cautelar no es equivalente a la superficialidad en su tratamiento. No hay una relación de dependencia, influencia, subordinación o supeditación de un recaudo sobre el otro. Todos deben ser justificados. De otra manera se los hace funcionar indebidamente como vasos comunicantes, sin que la ley así lo autorice y sin que tampoco la naturaleza misma del fenómeno precautorio otorgue sustento a esa interpretación. Antes bien, el interesado en el aseguramiento no se encuentra relevado de comprobar la bondad de su derecho y el riesgo que emana de las circunstancias, debiendo arrimar los elementos idóneos para producir la convicción en el ánimo del Tribunal acerca de la apariencia y probabilidad de cada uno de ellos. Hay verosimilitud o no la hay. Y hay temor de daño o este último no existe. De donde mal podría trazarse una diagonal que soslaye la justificación independiente de cada uno. Sería tanto como otorgarles ultraactividad para expandirse sobre el territorio de otros cuando conceptualmente refieren a elementos diversos. Claro está, sin perjuicio de que, en determinados casos, la ley prescinde de la acreditación de alguno de los factores, lo que es cosa distinta.

III. La preceptiva dentro de la cual propongo la solución del caso.

III.1. El soporte de mi posición radica en los arts. 14 bis, 16 y 75 (incs. 19 y 23) de la Constitución nacional, en tanto consagran los principios de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación (principios de ius cogens para el derecho internacional) y, desde luego, los otros mandatos que -con forma de declaración- emergen del Preámbulo de la Carta Magna. Inmediatamente, las leyes 23.551 y 23.592, en un mismo renglón que los arts. 17, 81, 172 y 187 de la ley 20.744.

Luego, ya entre las normas que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, Const. nac.): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2 y 3) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Por fin, en una asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación -fundamentalmente a partir de los casos "Sisnero" (Fallos: 337:611; sent. de 20-V-2014), "Pellicori" (Fallos: 334:1387; sent. de 15-XI-2011) y "Álvarez" (Fallos: 333:2306; sent. de 7-XII-2010)-, que ha tenido su réplica en nuestro Tribunal en precedentes tales como las causas L. 97.804, "Villalba", sent. de 22-XII-2010; L. 104.378, "Sffaeir", sent. de 8-VIII-2012; L. 113.329, "Auzoategui", sent. de 20-VIII-2014; y L. 117.804, "Humaño", sent. de 25-III-2015; etc.

De todo ese plexo de reglas y pronunciamientos puede derivarse que se halla proscripta en nuestro ordenamiento jurídico toda forma de discriminación (sea fundada en el sexo, nacionalidad, religión, raza, ideología, opinión política, actividad gremial, caracteres físicos, etc.) y que, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados (art. 1, ley 23.592), sin importar que tal acción discriminatoria provenga de un particular o de un órgano del estado (doctrina del *Drittwirkung*). También ha quedado asentado que no existe óbice alguno para la aplicación de tales disposiciones a las relaciones laborales. No hay motivos tampoco para no extenderla a la relación de empleo público y a toda clase de supuestos de desigualdad y discriminación. En definitiva, un amplio panorama donde los criterios que exponemos reciben puntual aplicación en función de los derechos preferentes que están en juego.

Por fin, me parece absolutamente necesario, para lograr un pronunciamiento razonablemente fundado, tener en cuenta que al tratarse de derechos y libertades humanos fundamentales, en palabras de la Corte Suprema en la causa "Pellicori", ya citada, "...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" (Fallos: 334:1387; considerando 5°).

III.2. No merece menos atención la consideración de algunas otras cuestiones que influyen en la decisión desde la esfera de lo procesal, pero que remontan su razón de ser a la naturaleza misma de los actos de discriminación, al enmascaramiento con que son llevados a cabo y la dificultad de producir a su respecto una prueba directa.

Tanto en "Pellicori", como luego en "Sisnero", la Corte federal ha declarado que "...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor" (Fallos: 337:611, considerando 5°). Para ello es que el citado Tribunal elaboró un estándar probatorio aplicable a estas situaciones, según el cual "...para la parte que invoca el acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, al que se reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (Fallos: 337:611, también considerando 5°).

Esta Suprema Corte se pronunció al respecto (aún con anterioridad a los precedentes antes citados), a través del voto de la doctora Kogan en la causa L. 97.804 "Villalba", sentencia de 22-XII-2010, al que presté mi adhesión. Se dijo allí, ante la controversia generada por una denuncia de un despido discriminatorio, que la definición de la incumbencia de la carga probatoria ha de ser tamizada con resguardos imprescindibles y en ese marco

adquiere fundamental importancia una visión desde el dinamismo que, en definitiva, importa adjudicar a quien se encuentra en mejor situación la necesidad de aportar, en beneficio de su interés, los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva.

En otra oportunidad, quien fuera nuestro distinguido colega, el doctor Hitters, tuvo oportunidad de seguir la doctrina de "Pellicori" al anotar que el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos se proyecta decididamente sobre la ley nacional 23.592 en cuanto al régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio, en dos direcciones: (i) 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; (ii) 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 le imputa la responsabilidad por el mencionado acto. Todo ello - según la Corte Suprema- parte de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el móvil discriminatorio, máxime cuando la temática involucra los principios de igualdad y no discriminación, elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional que han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens* (ver su voto minoritario en la causa L. 117.127, "Couruoniotis", sent. de 16-VII-2014; e igualmente las causas L. 113.329, L. 104.378 y L 117.804, *cits.*).

III.3. Por fin, quiero adentrarme -porque considero que, con las adaptaciones del caso, resultan de suma utilidad para la resolución del juicio- en los conceptos de "categoría sospechosa" y "escrutinio estricto". Ambos provienen del derecho estadounidense, pero no solo han tomado carta de ciudadanía entre nosotros sino que se han desarrollado y fortalecido a la luz de los numerosos tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos que, vía art. 75 de la Constitución nacional, integran y tienen operatividad inmediata en nuestro ordenamiento jurídico.

El término "categoría sospechosa" designa a un conjunto tal que incluye (necesaria pero no suficientemente) a cualquier norma -o a una determinada actitud o conducta- que afecte, altere o menoscabe el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona o de un grupo de ellas, en función de alguno de los motivos enunciados en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (sin que esto deba considerarse una enumeración cerrada). Que cierto precepto o algún comportamiento sean considerados 'sospechosos' (de infringir derechos fundamentales) implica que el análisis de su validez constitucional debe someterse a un escrutinio estricto. Ello quiere decir que, ante preceptos que pudieran desvirtuar la naturaleza de libertades esenciales (o reducir su número, o dificultar su ejercicio), se exige una actividad adicional de parte de los encargados de verificar su operatividad (fundamentalmente, los jueces) consistente en someter a tales preceptos a un más duro test de consistencia material de su contenido con las disposiciones angulares de la Constitución y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En otras palabras: el estándar de validez se agrava, y las reglas que provocan recelo o suspicacia deben ser más escrupulosamente sopesadas si se pretende usarlas para resolver un caso.

Como anticipé, todo esto (que en los párrafos anteriores he referido casi siempre a normas generales) también puede ser aplicado -mutatis mutandi- a las actividades o conductas de particulares o del propio Estado que puedan considerarse amenazantes para la integridad de las libertades expresamente establecidas en la Constitución (es decir, a las que resultan ser sospechosas de ilegalidad o inconstitucionalidad). Tales actividades deberán ser sometidas a un riguroso análisis hasta que se demuestre la existencia de fuertes razones en sentido contrario que justifiquen el hecho de haberlas llevado a cabo (el escrutinio estricto).

IV. El grado de conocimiento necesario para resolver el caso. IV.1. En "Pellicori", la Corte realizó un extenso y profundo examen de las múltiples y concordantes disposiciones normativas obrantes en los Tratados que prohíben la discriminación, en las interpretaciones expresadas por diversos órganos internacionales, así como en el ámbito del derecho comparado, y teniendo en cuenta los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las víctimas del ominoso flagelo de la discriminación, desarrolló las especificidades a las que deben ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio.

Explicó que el ordenamiento normativo internacional se proyecta decididamente sobre la ley nacional 23.592, en dos direcciones desde lo probatorio: i) 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; ii) 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 le imputa la responsabilidad por el mencionado acto. En este último sentido, expresó que en este tipo de procesos resultará suficiente, para la parte que afirma haber sido víctima de un acto discriminatorio, 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.

IV.2. Si ello es así para la solución de mérito de la causa, para el dictado del pronunciamiento final, con mayor razón resulta aplicable en la etapa provisoria propia del estado cautelar. Como ya se ha dicho, el punto de partida en materia discriminatoria es la reducción del grado de convicción. Y, todavía, esa reducción se acentúa por desplazarnos aquí en territorio puramente provisorio como es el precautorio.

Esto nos lleva a descartar que estemos operando con la certeza como grado del conocimiento. Estamos en un estadio menor que es el de la verosimilitud, pero una verosimilitud aún atenuada por la materia que nos concita. Alcanza con apariencia, probabilidad, exteriorización de un estado de cosas prima facie apreciable, en el sentido de la presencia de hechos que resulten idóneos para inducir actos de discriminación. Adviértase la diferencia: no se trata de verosimilitud sobre la existencia de discriminación sino de algo menos: verosimilitud sobre existencia de ciertos datos que permitan inducir aquella discriminación.

Sabemos que hay enorme distancia entre el grado de conocimiento que se requiere para arribar al pleno valor probatorio, esto es, a un estado de certeza, y el grado de conocimiento utilizable para verificar aquella apariencia, propio de lo cautelar. Son

naturalmente distintos los datos o elementos de juicio que permiten comprobar plenamente la existencia de determinado hecho, de los datos o elementos de juicio que sostienen tan solo la existencia de verosimilitud a su respecto.

Los primeros requieren apreciación y conocimiento pleno, acabado. Los segundos son obtenidos mediante conocimiento periférico, menos pleno, en el grado de apariencia.

Del mismo modo, sostengo que en el estricto plano cautelar de las cuestiones de discriminación el grado de conocimiento, siguiendo las pautas elaboradas por la Corte Suprema de la Nación, también se modifica. Con otras palabras, el juicio mediante cognición totalmente sumaria y provisional de la probable existencia de la conducta discriminatoria es reemplazado aquí por el juicio mediante igual cognición en grado de apariencia, no sobre la probable existencia de la conducta discriminatoria sino sobre la probable existencia de elementos de juicio de los que pueda desprenderse razonablemente esa conducta discriminatoria.

IV.3. ¿Por qué en esta materia nos vamos a conformar con un grado menor de conocimiento?

Para dar respuesta a este interrogante debemos acudir al concepto de igualdad, hoy día desplazado de la perspectiva puramente formal para entender que ha de ser real. El proceso recepta también la necesidad de asegurarla. Expresa Oteiza, con cita de Damaska, que debe reconocerse que las partes son diferentes, de allí que ofrecerles las mismas armas no asegura una habilidad igual para defender sus intereses en el proceso. Es necesario un concepto de igualdad no formal que tome en cuenta la diversidad de situaciones y la desigualdad. El juez desempeña el papel de atemperador de las diferencias y desventajas que afrontan las partes. Las limitantes fundadas en las condiciones de desigualdad se manifiestan tanto en las restricciones para acceder a la justicia como en los problemas que encuentran las partes al litigar, por estar colocadas en una objetiva desventaja (Oteiza, Eduardo; "La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar" en Oteiza, Eduardo [coordinador]; La prueba en el proceso judicial, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pág. 193 y sigs.).

Los conflictos por discriminación afectan a las personas vulnerables. Son aquellos grupos de personas o sectores de la población que por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven disminuidos en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Exhiben objetivamente características de desventaja, por distintas razones: edad, sexo, orientación sexual, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental, condición económica, posición social, política, ideológica e institucional. Son vulnerables todos aquellos que ven menguados sus derechos humanos, tomando como punto de comparación la capacidad de que gozan al respecto otras personas que no presentan tales dificultades. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad consideran en esa condición a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Aluden así a menores y ancianos, personas afectadas de

alguna discapacidad grave, migrantes y desplazados internos, pobreza, mujeres afectadas por violencia y discriminación, minorías nacional o étnica, religiosa y lingüística, personas privadas de su libertad.

El derecho pregona que todos los hombres son libres e iguales, pero es necesario darse cuenta que existen diferencias efectivas y que no puede mantenerse la libertad y la igualdad en un plano simplemente formal. Entonces, hay que equilibrar las desigualdades atendiendo al plexo de valores contenidos en las normas fundamentales. Hay que escuchar el lamento de los desheredados, de los victimados, de los desprotegidos, de los pobres, de los niños, de los ancianos, de los migrantes, de los discapacitados, de los vulnerables en fin, prestando atención no solo a lo teórico del derecho sino también al sentido de la justicia. Y entonces, si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables, es necesario equilibrar la desventaja que ab initio los caracteriza. Esta es la muy sencilla explicación del mecanismo de aligeramiento probatorio que estamos considerando.

¿Y en dónde lo fundamos jurídicamente?

Reconociendo un paradigma que la doctrina y la jurisprudencia ya habían impuesto, el Código Civil y Comercial ha dispuesto en su art. 2 que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Entonces, los puntos de apoyo son irrefutables, comenzando con la Constitución. Desde el Preámbulo, es programa directamente operativo el de afianzar la justicia como igualmente el sistema republicano de gobierno. El art. 17 garantiza que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley. Rige la garantía del debido proceso legal contenida en el art. 18 y el espectro innominado del art.33. Según el principio de legalidad del art. 19 nadie está obligado a ser privado de lo que la ley no prohíbe. Emerge del principio de razonabilidad de su art. 28. Emerge de la supremacía de la Constitución consagrada en el art. 31. Emerge de la garantía de la tutela judicial efectiva, del art. 15 de la Constitución de Buenos Aires. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos asegura mayor protección a los grupos de personas vulnerables y veda todo tipo de discriminación. Numerosos tratados y convenciones forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad. Los instrumentos internacionales que cita el inc. 22 del art. 75 de la Constitución constituyen suficiente plataforma normativa para garantizar la igualdad real y prohibir la discriminación. Precisamente en el fallo "Pellicori", la Corte Suprema de la Nación hizo un extenso recorrido por cada uno de esos tratados y convenciones y por la interpretación que les cabe.

El nuevo Código Civil y Comercial resulta particular apoyatura. El punto ha sido examinado exhaustivamente por Berizonce en su trabajo "Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos 'sensibles'" (Berizonce, Roberto Omar; Revista de Derecho Procesal, La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación, 2016-2, pág. 121 y sigs.). En este valioso aporte se demuestra que el régimen de la prueba recibe un tratamiento diferencial en los procesos que versan sobre derechos sensibles. Sobre la base de previsiones contempladas en el nuevo ordenamiento en materia de derecho de familia y responsabilidad civil, en relación a la amplitud probatoria

y al reconocimiento de las cargas dinámicas, concluye en la existencia de un nuevo paradigma del proceso, asistiéndole posibilidades de excepcionar la regla del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial arbitrando desplazamientos o traslaciones de la respectiva carga, reforzándose así el poder genérico de dirección del proceso. Son técnicas procesales justificadas por la naturaleza de las circunstancias en juego, consagrando para las hipótesis en examen una suerte de carga probatoria atenuada.

El sistema de garantías se materializa a través de los instrumentos procesales. Cuando el objeto a ser tutelado eficazmente son los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que constituyen pilares del orden jurídico constitucional argentino e internacional alcanzando la categoría de *ius cogens*, aquellos instrumentos procesales han de adaptarse, flexibilizarse y acomodarse en función de los requerimientos sustanciales.

El régimen procesal contiene previsiones puntualmente aplicables. Entre los conocidos poderes y deberes del juez se encuentra el de dirigir el procedimiento y mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34 inc. 5, CPCC). Particular relevancia poseen aquí las reglas de la sana crítica. Al aludir a este mismo fenómeno que venimos considerando, Peyrano lo ha titulado "Cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", concluyendo que su justificación no sólo proviene del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también de una regla de la sana crítica, la que reza que lo diferente merece un tratamiento probatorio distinto, no pudiendo ser valorado con el rasero del común (Peyrano, Jorge W.; "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", LL 2011-F-624 y sigs.).

Y específicamente en materia de medios probatorios, el art. 376 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que "La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez". No vacilo en extender la interpretación de este texto, que no puede quedar limitado exclusivamente a la disponibilidad en forma amplia de medios probatorios. Por la misma vía interpretativa del art. 2 del Código Civil y Comercial, y en la inteligencia sustancial de la protección de los vulnerables en función del bloque constitucional y supranacional, el principio de libertad judicial en la recepción de los medios de prueba bien puede extenderse al régimen de distribución de la carga probatoria en los casos excepcionales regidos por la impronta de una posible discriminación.

Remito, finalmente, al fundamental principio de la justicia social (art. 39, inc. 3, Const. prov.), que como ya en 1974 lo enunciara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Berçaitz", es "...la justicia en su más alta expresión", y cuyo contenido "...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización" (Fallos: 289:430).

V. Los presupuestos de la medida cautelar están plenamente reunidos en el caso.

Remito aquí a las consideraciones del voto al que adhiero. Agrego que durante el desenvolvimiento de la relación la actora censuró expresiones públicas del Intendente y

lo denunció ante el INaDi. Su contrato fue rescindido antes de tiempo. Ha requerido y fundamentado su reclamo en la ley provincial que asegura un cupo para las personas transexuales. Todas estas circunstancias constituyen elementos de juicio que razonablemente autorizan a inducir que han sido la causa del anticipado distracto.

Es necesario señalar que en el principio n° 13 de Yogyakarta (2014) se reconoce ese condicionamiento junto a la necesidad de protección contra el desempleo. En definitiva, en el recordado principio se concluye también en que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la inclusión laboral para este colectivo (Principios de Yogyakarta, Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, Editorial Jusbares, Buenos Aires, 2014; ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17, aplicación del principio por persona -art. 29 de la Convención Americana-, párrafos 67 a 69 y 72; y mi voto en la causa A. 73.876, "Lizarraga", resol. de 15-VI-2016).

Precisamente, la ley 14.783 toma en cuenta las dificultades que transitan las personas trans para alcanzar el ingreso al mercado laboral y a esos fines, como política para garantizar la inclusión, dispuso la efectivización de la medida de acción positiva del establecimiento de un cupo (arts. 1 y 2); a su vez se incluye como parte de la no discriminación por motivos de su identidad de género al derecho a la protección contra el desempleo (art. 6 de la referida ley). Aún más, en los fundamentos se señala que "...la comunidad travesti, transexual y transgénero de Argentina se encuentra entre una de las poblaciones más vulneradas históricamente del país. La realidad de este colectivo está atravesada por un contexto de persecución, exclusión y marginación, teniendo grandes dificultades para el acceso a la igualdad de oportunidades y de trato. La mayoría de ellos vive en extrema pobreza, privados de los derechos económicos, políticos, sociales y culturales. Siendo expulsados desde niños de sus hogares y del ámbito escolar, quedando como única alternativa de subsistencia el ejercicio de la prostitución".

A ello agrego, como evidencia de lo que se está señalando, los resultados obtenidos en la Primera Encuesta sobre Población Trans realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INaDi), los que han permitido mostrar una situación laboral de elevada precariedad, relevándose un 80% de informalidad laboral en el marco de actividades vinculadas a la prostitución y otras actividades de frágil estabilidad y de trabajo no formal, consignándose -además que siete de cada diez personas trans buscan otra fuente de ingreso y ocho de cada diez declaran que su identidad les dificulta esa búsqueda (Primera Encuesta sobre población trans 2012: Travestis, transexuales, transgéneros y hombres trans; Informe técnico de la prueba piloto Municipio de La Matanza, 2012, pág. 12 y sig.).

Asimismo, me permito recordar que "...preocupa al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la falta de conocimiento alrededor del derecho a lo discriminación en los representantes de los poderes del Estado. Finalmente, el Comité lamenta el incumplimiento de la cuota de empleados transexuales en el sector público de la provincia de Buenos Aires (art. 2, párrafo 2)" y "...recomienda reglamentar la Ley 14.783, aprobada en septiembre de 2015 en la provincia de Buenos Aires, que establece que el sector público de la provincia de Buenos Aires, debe ocupar, en una proporción no inferior al

1% de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo" (Observaciones Finales sobre el Cuarto Informe periódico de la Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, p. 24 y 25 inc. "d").

Por otra parte, también encuentro acreditado el peligro en la demora en función del carácter alimentario de los haberes dejados de percibir, situación que resulta agravada por las particularidades del caso (v. fs. 63), resultando manifiesta la desigualdad de oportunidades y de trato a la que son sometidas las personas trans por su condición de tal, y lo desestabilizante que resulta el cese intempestivo a personas mayormente vulnerables como en este caso.

En vista a estas consideraciones, he de señalar que el dictado de esta medida precautoria de modo alguno permite vislumbrar una grave afectación al interés público.

Las razones expuestas resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley y revocar en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, CPCC). Voto por la afirmativa

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo: Adhiero al voto del doctor Negri, a excepción de lo manifestado en el segundo párrafo del punto IV.

Sólo he de adunar que, en el marco del examen de la verosimilitud del derecho, en la especie el requisito se ve apuntalado en que la Municipalidad demandada no invoca ni acredita en su informe de fs. 47/53 el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los arts. 1 y 2 de la ley 14.783. Tampoco da cuenta de que haya dictado la reglamentación que, en su ámbito autonómico, permita la adecuada articulación de los derechos reconocidos en la ley provincial.

De tal modo, y teniendo fundamentalmente en cuenta el peligro en la demora que evidencian las circunstancias fácticas del presente (v. fs. 191/192), con el criterio de prudente balance que ha fijado esta Suprema Corte (doctr. causa B. 65.043, "Trade", resol. de 4-VIII-2004; e.o.), doy también mi voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca, en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, CPCC).

Regístrese y notifíquese.

EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI

HECTOR NEGRI DANIEL FERNANDO

SORIA EDUARDO JULIO PETTIGIANI

JUAN JOSE MARTIARENA Secretario