



**EL ROL DE LA PRUEBA EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL:
ANÁLISIS DEL FALLO “VARELA C/ DISCO S.A.”**

NOTA A FALLO

Autora: Acosta Natalia Graciana

D.N.I:39.996.268

Legajo: VABG54580

Prof. Director: Baena César Daniel

San Fernando del Valle de Catamarca,2021

Tema: “Derechos fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente del derecho del trabajo”

Fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación “Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo Sindical” de fecha 4 de septiembre de 2018.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Premisa fáctica e historia procesal.- 3. Análisis de la ratio decidendi.- 4. Análisis crítico del fallo.- 4.1. Alcances del derecho.- 4.2. La discriminación, y su presencia en las relaciones laborales.- 4.3. La prueba en el proceso laboral.- 4.4. La carga dinámica de la prueba vs. La inversión de la carga de la prueba.- 4.5. La valoración de la prueba.- 4.6. Postura de la autora.- 5. Conclusión.- 6. Lista de referencias.- 6.1. Legislación.- 6.2. Doctrina.- 6.3. Jurisprudencia.- 6.4. Otras fuentes.- 7. Anexo: Fallo completo.

1. Introducción

En la presente nota, se llevará a cabo un análisis detallado del fallo caratulado “Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo Sindical” de fecha 4 de septiembre de 2018. El mismo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.J.N) quien interviene, dotado de jurisdicción, gracias al recurso de queja deducido por la actora. Causado por la denegatoria efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Catamarca de hacer lugar la apelación producida por ésta contra este órgano.

En dicha sentencia el tribunal se enfrenta a un problema de valoración de prueba. Según Ferrer Beltrán (2007) existen distintos momentos en la actividad probatoria, siendo uno de ellos el de la reunión y conformación del conjunto de elementos de juicio. Y para lograr esta concentración, se debe prestar atención en la relevancia, es decir que la prueba aportada posea la capacidad de fundar en ella una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar, para luego ser admitidas y posteriormente el juez o jurado será quien las valore.

Al trasladar la teoría al presente fallo, la Corte de Justicia de Catamarca prescindió de prueba relevante como documentación donde el demandante solicitaba

que se convocara a elecciones de delegados, hecho el cual constituye un derecho sindical protegido por la Ley 23.551, teniendo acogida favorable de parte de la autoridad administrativa laboral. Como así también se omitió valorar la prueba testimonial, que demostraba el apoyo por parte de los compañeros, y el conocimiento que tenía la empresa de la gestión sindical desarrollada por Varela. Todos estos, elementos que, apoyaban la pretensión del actor.

Además que el Tribunal superior omitió comprobar si la carga de prueba que pesaba en la demandada fue satisfecha, demostrando así, que la causal de despido realmente se originó en los hechos alegados por la parte y no por razones discriminatorias.

El tema abordado por el fallo y su problemática, demuestran la crucial importancia que tiene una correcta valoración de la prueba, repercutiendo tanto, a nivel jurídico como social.

En materia social, la libertad sindical es reconocido como un derecho fundamental y político, como así económico, cultural y social previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), consistiendo en la facultad de constituir instituciones sindicales, que por tener un papel democrático y participativo, sirven de voz e identidad en el ámbito del trabajo y en la sociedad en general, teniendo de principal función la defensa de principios como igualdad y bienestar social. Juan Pablo II (1995) citado por Capón Filas (1998 p.2) expresó que en las democracias formales existen disparidades en el reconocimiento de la libertad y los derechos humanos y las injusticias y contradicciones toleradas en sus senos, tal es el caso del liberalismo económico que desprecia todo limite como la exigencia de justicia.

Y para que la situación social mejore no solo se requiere del dictado de normas, sino de promoción de reformas y nuevas interpretaciones, teniendo en cuenta la persona, la familia y la sociedad; siendo el fallo analizado, un modelo de criterio jurisdiccional tomado por los tribunales en casos que acogen la misma temática.

Desde una perspectiva jurídica, reafirma el estándar de valoración de prueba. Donde como punto de partida, en el proceso laboral la carga de la prueba recae sobre quien alega un hecho; es decir, le incumbe al actor la carga de la prueba de los hechos que constituyen el derecho que pretende y corresponde a la otra parte, probar los hechos impeditivos, modificatorios y extintivos (Babio, 1990). Sin embargo, esto resulta

excesivo e incluso injusto cuando está en peores condiciones u obstaculizado para realizar dicho cometido; para restaurar el equilibrio e igualdad de las partes surge el principio de la carga probatoria dinámica, donde la carga recaerá en cabeza de quien este en mejores condiciones. (Gentile, 2015).

No obstante lo expuesto precedentemente, fue a partir de los fallos “Pellicori”(CSJN, Fallos 334:1387, 2011) y “Sisnero”(CSJN, Fallos 337:611, 2014) en los cuales el alto tribunal nacional se pronuncia sobre la carga probatoria en la discriminación laboral, consistiendo en que ambas partes tendrán según Goldschmidt (1936) imperativos del propio interés; por un lado la parte que afirma un motivo discriminatorio deberá probar la existencia de este y el demandado, a quien se le reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo diferente. Aplicando este mismo estándar en causas que versan en el ejercicio de la libertad sindical, siendo este tema el que ahondará en este trabajo.

2. Premisa fáctica e historia procesal

El fallo analizado tiene su origen en los autos “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”, de fecha 14 de julio de 2006, donde el Sr. Varela dedujo amparo contra Disco S.A. supermercado ubicado en la Ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca (ambos sujetos relacionados laboralmente, como trabajador y empleador) por considerar que el accionar de la empleadora (despido) tenía carácter arbitrario y que encubría motivos discriminatorios en razón del activismo sindical realizado por éste.

En la demanda se hace mención de la antigüedad (10 años), el buen desempeño del trabajador, característica que fue resaltada por la empleadora al nombrarlo “mejor empleado”; y la posterior modificación de la relación laboral cuando el actor comenzó a reclamar su derecho a la representación sindical, consistiendo en reclamos reiterados a la patronal, motivando a sus compañeros a la elección de delegados solicitando apoyo al gremio para ello; teniendo una respuesta positiva por sus pares no así, de la asociación.

Los actos mencionados precedentemente, sumados a la presentación de notas ante el Ministerio de Trabajo de la Nación y ante la Dirección de Inspección Laboral dan como resultado, la suspensión de Varela datada el 19 de Abril de 2005, en razón de supuestas impuntualidades y retiros. En respuesta a la medida tomada por la empleadora, el actor ejerce su derecho y obligación de impugnar la sanción a los efectos

de que la misma no se tenga por consentida (art. 47 de la Ley de Contrato de Trabajo). Como reacción a la impugnación, se produce el despido, en fecha 25 de Abril de 2005, por considerar que las afirmaciones y términos empleados por el demandante eran agraviantes.

Sucedido así los hechos, el actor rechaza la causal invocada y ello da inicio al proceso judicial por medio de la presentación de la demanda, cuyo objeto era la declaración de nulidad del despido con sustento en lo dispuesto por el art 43 de la C.N., los Convenios 87 y 98 de la OIT, y el art 47 de la Ley 23.551. El Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de Primera Nominación, declara en rebeldía a la demandada, hace lugar a la medida, declarando la nulidad del despido y ordenando la reinstalación del trabajador. Esta resolución es apelada por la empresa y la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación, hace lugar al recurso declarando válido el despido, respaldando su decisión en que la ley 23.551 solo prevé la reinstalación de quienes posean un cargo electivo o representativo y no de meros activistas o afiliados. Ante esta decisión, el actor interpone recurso de casación, el cual la Corte de Justicia no hace lugar por consiguiente confirma la decisión del tribunal a quo, alegando que las cuestiones planteadas eran ajenas a esta vía. Posteriormente, contra esa determinación se interpone recurso extraordinario el cual es denegado, dando lugar a la queja que motiva el análisis de este caso.

A su turno el máximo tribunal de nuestro país resuelve de forma definitiva, haciendo lugar a la queja, declarando formalmente admisible el recurso extraordinario, el 4 de septiembre de 2018; se revoca la sentencia apelada, ordenando que los autos regresen al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente, todo ello con el voto conjunto de los Doctores Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Carlos Fernando Rosenkrantz y por el voto propio del Doctor Horacio Rosatti.

3. Análisis de la Ratio Decidendi

La motivación de la sentencia de la Corte, haciendo lugar al despido discriminatorio es en consonancia con sus argumentos precedentes en fallos análogos como “Pellicori” (CSJN, Fallos 334:1387, 2011) y “Sisnero” (CSJN, Fallos 337:611, 2014). Casos donde a raíz de una relación laboral donde en su seno se gestaban

conductas violatorias al principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación, se constituye un modelo probatorio con la intención de subsanar desigualdades naturales presentes en este tipo de relación.

Como viene sosteniendo del alto tribunal, la discriminación, en sus diversas formas, resulta ser más presunta que patente dificultando su demostración a la parte más débil de la relación, el trabajador. Eso se ve en forma palmaria, cuando el mismo se encuentra obstaculizado a la hora de ofrecer elementos y medios de prueba capaces de fundar su pretensión. En relación a esta situación, se sientan precedentes con respecto a la reducción del grado de convicción que debe generar la prueba que recae sobre quien invoca un motivo discriminatorio y la distribución de la carga de la prueba, esbozando de esta forma un modelo con requisitos a cumplir por ambas partes intervinientes. Por un lado el sujeto que alega la existencia de una forma de discriminación, deberá demostrar *prima facie* o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad amparada por la norma que invoca, sin necesidad de verificar rigurosamente la discriminación, sino elementos constituyentes de ella. Y consecuentemente a quien se imputa la responsabilidad del acto, tendrá que alegar de manera objetiva y razonable, que la causal es ajena a un móvil discriminatorio.

En la presente causa se discute si el despido es en base a razones sindicales en los términos de la Ley 23.551 o respecto a una opinión gremial refiriéndose a la ley 23.592. El primer supuesto, discriminación por ejercer derechos sindicales, el art. 47 es taxativo en cuanto solo prevé la protección a quien ejerce este tipo de derecho regularmente y lo demuestra verosímilmente; condiciones que se hallan constatadas con la presentación del demandante ante la autoridad administrativa laboral para que se convocara a elecciones de delegados de personal, la misma tuvo acogida favorable. Esta prueba sumada a la testimonial que reflejaba el conocimiento de la empleadora sobre la gestión sindical desempeñada por el actor, posee el carácter de relevantes para tomar una decisión.

A priori se menciona un requisito que corresponde a la parte demandada “acreditar una causa distinta a la discriminación”, en este caso el a quo no consideró si existían circunstancias que justificaran la extinción del vínculo, omitió ponderar lo que parecería una reacción desproporcional e irrazonable de la demandada teniendo en cuenta el carácter progresivo de las sanciones y de certificar conductas previas. Conducta ésta última, que por la inmediatez temporal, se puede inferir que es producto

de la impugnación y de la comunicación formal de promoción de elecciones para delegado. También no se atendió a la falta de contestación y producción de prueba, actitudes que según las sentencias de primera y segunda instancia, perjudicaban a la empresa

Con respecto a la opinion gremial mencionada por la ley antidiscriminatoria. El Dr. Rosatti, si bien en concurrencia por su voto con la mayoría, hace una observación en relación a la necesidad de la materialización de este parecer, sin establecer una forma determinada para hacerlo. De tal manera que para que una idea o criterio se constituya en motivo discriminatorio requiere de una expresión, sin que exista un único supuesto legal protegido.

4. Análisis crítico del fallo

4.1. Alcances del derecho

Este apartado será destinado a conceptualizar los institutos fundamentales que quedan comprendidos en el fallo analizado. El derecho al trabajo y por consiguiente su tutela, se encuentra consagrado en la Constitución Nacional (en adelante C.N) donde describe que el trabajo en sus diversas formas goza de protección, y como el hombre es un elemento principal e inseparable a este concepto también está protegido, así expresa Grisolia (2016) donde el fin perseguido por esta rama es proteger a los trabajadores y a los empleadores, generando desigualdades en compensación de las diferencias preexistentes. El art 14 bis consagra el derecho a la estabilidad en el empleo, cuando se refiere a la estabilidad del empleado público (faz publica) y hace mención de la protección ante el caso de despido arbitrario (faz privada); sustentada en el principio de continuidad que se deriva del principio protector, consiste en la protección legal contra las posibilidades de terminar la relación laboral y que sea por una causa no prevista por la ley (Toyama y Vinatea, 2016). Este amparo está incorporado el art. 245 de la LCT en la forma de estabilidad impropia, donde la rescisión de un contrato laboral sin causa es factible, es decir no lo prohíbe ni anula, pero la ley impondrá una compensación económica reparatoria, por consiguiente no existe reincorporación en el empleo como es el caso de los delegados gremiales; sino una indemnización tarifada en función de la remuneración y antigüedad en el empleo (Grisolia y Ahuad, 2014). No obstante ello esta falta de justificación no debe verse provocada por causales contrarios a principios

fundamentales como el de igualdad y el de no discriminación, como es el caso del despido discriminatorio.

4.2. La discriminación, y su presencia en relaciones de derecho laboral

Antes de definir la palabra que da origen al fallo analizado, se debe recordar que el concepto de discriminación e igualdad, son dos caras de una misma moneda. Estos principios, son base del estado de derecho. Se hallan contemplados en la C.N. en el art. 16, 37 y 75 inc. 2, 19, 22, 23, cuyo objetivo es garantizar un trato digno e igual a todo ciudadano, abarcando desde derechos y oportunidades como deberes (Orihuela, 2019). En diversos instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía, tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2 y 3), entre otros. La palabra discriminación proviene del latín *discriminare* y significa distinguir separando. Implica dar trato diferente e incluso dañar los derechos de una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012). En la causa “Caminos” (CSJN, Fallos 754:2016, 2021) se hace una interpretación sobre dicho concepto, donde se requiere que la violación de derechos y garantías se de en un ámbito de igualdad de circunstancias, comparando a los excluidos respecto a los que se les concede o reconoce un derecho.

Según Rubio (2012) hay diversas formas de discriminación como así los contextos donde se desarrolla, y algo que los caracteriza es que no siempre son explícitas, por lo general el actuar es disimulado y encubierto. El derecho laboral no es inmune a este flagelo y en consecuencia hay diversas normas que versan sobre el tema; partiendo del art 14 bis consagrando principios protectorios para el trabajador, los art. 17 y 81 de la LCT establecen el principio de igualdad de trato prohibiendo cualquier tipo de discriminación en razón de sexo, raza, religión, nacionalidad, políticos gremiales o de edad. El posterior dictado de la ley antidiscriminatoria para casos donde se obstruya, restrinja el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías amparados por la C.N., realizando un listado de aquellos actos u omisiones

discriminatorios motivados por el sexo, raza, religión, nacionalidad, religión, opinion política o gremial, entre otros e impone cesar en su realización o dejar sin efecto y reparar el daño moral y material ocasionado. A nivel internacional se cuenta con el Convenio 111 de la OIT, cuyo objeto es proteger a todas las personas de discriminaciones en materia de empleo y ocupación que anula o altera la igualdad de oportunidades o de trato, por medio de un listado ampliable.

4.3. La prueba en el proceso laboral

Es oportuno definir la palabra probar, para Fiorenza (2019) es procurar la demostración de la verdad relativa a las diferentes afirmaciones realizadas por las partes, que versan sobre hechos del caso, a los que les atribuye una consecuencia jurídica. Por lo general, en materia de prueba se indica que quien alega un hecho tiene a su cargo la acreditación de su existencia, teniendo en cuenta que de esto depende el derecho que se discute y que influye en la decisión final. Este modo no es absoluto, debido a la notoria desigualdad existente entre las partes en la relación laboral, ya que no existe un trato recíproco ni equitativo, la responsabilidad de los empleadores es aligerada en relación a sus empleados. Se le requiere al trabajador confianza tanto en las organizaciones como a sus superiores, que se ve dificultada por la fragilidad de sus contratos, la no disponibilidad de documentación en sus manos, etc. (Malvezzi, Orejuela, Chiuzi, Vesga y Riascos, 2012). Por consiguiente la obtención y producción de prueba se torna en una real carga (sentido literal) que pesa sobre ellos. Por ello, las presunciones que se hagan en favor del trabajador son *iuris tantum*, respaldado por el principio *in dubio pro operario* en caso de duda sobre la interpretación y alcance de una ley o apreciación de la prueba es siempre en sentido más favorable al trabajador (derechoUBA, 2020).

Al principio de este apartado nos referimos a la verdad de la prueba, siendo la testimonial la que trae dudas sobre su imparcialidad, ya que el testigo cuenta su verdad que de alguna forma respalda la tesis del abogado que lo propone (Fernández León, 2016). Será en el momento de valoración donde las dudas se disipen.

4.4. La carga dinámica de la prueba vs. La inversión de la carga de la prueba

En el procedimiento laboral, ambas partes están obligadas a proporcionar pruebas a los fines de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, estableciéndose el *onus probandi* en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de producirla (Gentile, 2015). Y es aquí donde la carga dinámica de la prueba se despliega, ya que en caso de omisión de aporte, se presumirá en su contra; en palabras de Peyrano (1996) las consecuencias negativas producto de dudas con respecto a los hechos, le serán imputada a quien estaba en condiciones más óptimas de aportar prueba y no lo hizo.

Cuando hay una presunción legal a favor de una de las partes, por ejemplo el art. 178 de la LCT donde se presume que el despido de una mujer es a causa de su embarazo, cuando la extinción del vínculo se produce dentro de los 7 meses y medio anteriores y posteriores del parto. En este caso, le corresponderá a la otra parte demostrar que el despido no corresponde a esa causal. Sintetizando el instituto de la inversión de la carga de la prueba, uno alega un hecho y otro deberá probar que no ocurrió (Soy jurista, 2021).

4.5. Valoración de la prueba

Esta etapa le corresponde exclusivamente a los jueces y consiste en un operación mental que tiene por fin conocer el valor de convicción que pueda deducirse de la prueba, por medio de una apreciación global y una posterior comparación con las pruebas aportadas por la parte adversaria con el objeto de comprobar si se neutralizan y cuales prevalecen (Gentile, 2015).

Apreciar la prueba es determinar el valor atendiendo a su verosimilitud, respecto de su concordancia o discordancia en relación a los hechos que fueron controvertidos, este valor debe ser del tipo convictivo y convincente (Mansuati, 2010). Con la reforma del art. 9 de la LCT, exige que la apreciación de la prueba se haga en sentido protectorio que es propio de las normas laborales, por supuesto que se exige alguna prueba producida en el expediente que admita valoración. El art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional se refiere al sistema de la sana crítica, donde salvo disposición legal en contrario, se aplicaran sus reglas o sus conjuntos de reglas que son: de la lógica (principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente); de psicología (coherencia, ordenación, derivación en sentido débil, claridad, simpleza, etc.) y de la experiencia.

4.6. Postura de la autora

Comenzaremos este apartado citando a Henry Miller quien expresa que “un escritor suele escribir sobre cuestiones que muchas veces no comprende a cabalidad, aunque conforme avanza en el desarrollo del escrito, empieza a comprenderlas y le resultan claras e incluso significativas.” (Manili, et al., 2005, p. 71); así ocurrió con el presente trabajo, donde al inicio se ha realizado un análisis sobre los temas que atañen al fallo partiendo de una breve conceptualización de la problemática jurídica que gestaba el mismo, la valoración de la prueba; el autor Ferrer Beltrán (2007) sintetiza el momento probatorio en tres etapas: la conformación, la valoración y la adopción de la decisión, estas etapas conforman una serie concatenada, significando que cada una están relacionadas entre sí y un defecto en alguna, afectaría a las siguientes. El problema se suscitaba en la segunda etapa, donde el tribunal no juzgó el apoyo empírico que las pruebas aportaban a la hipótesis, afectando la decisión final.

En base a lo expuesto, hemos llegado a admitir como válido y correcta la decisión de la C.S.J.N. ante los interrogantes sobre la existencia de discriminación motivada por la opinión sindical y su comprobación. Si bien Varela no era delegado gremial, actuaba como tal ya que todo su actuar revestía de relevancia en cuanto era en defensa de los derechos sindicales de sus iguales como del mismo. Y pudo demostrarlo fehacientemente por medio de documentos y testimonios, siendo los segundos imparciales, en razón de que por lo general en casos de este tipo el testimonio en contra del superior, resulta ser muy peligroso para la estabilidad laboral del testigo. El actuar de la empleadora para doblegar esa voluntad fue la suspensión y ante no tener una respuesta de su agrado rescindió la relación laboral, lo cual este despido a las luces de los hechos no encuadra como un simple despido incausado sino con uno discriminatorio, debido a que éste consistió en realizar una diferencia de trato y una posterior violación a derechos y garantías consagrados en la C.N. en razón a una expresión de opinión embebida de ideología sindical, siendo esto una similitud con el fallo “Álvarez” (CSJN, Fallos: 333:2306, 2010).

Ahora bien debemos hacer una mención a la popular frase todos los caminos llevan a Roma, nuestra Roma sería una decisión que satisfaga la pretensión del actor; y si bien el camino optado por los ministros Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz

no fue erróneo ni mucho menos el único, y esto advirtió el Dr. Rosatti, al contemplar que si bien se soslayó prueba relevante, el T.S.J. de Catamarca no interpretó adecuadamente la norma que se debía de aplicar al litigio, si bien a la hora de resolver se desplegaba un abanico de opciones posibles para dar solución a éste; la solución más rápida y efectiva era basarse en el art. 9 de la L.C.T donde se contempla el principio *in dubio pro operario*, el cual ante duda respecto a la aplicación de una ley o ponderación de la prueba, se deberá aplicar la que sea más favorable a la parte débil de la relación, es decir al trabajador.

5. Conclusión

A lo largo de cada apartado hemos desentrañado los distintos aspectos que envolvían al fallo analizado. Desde la identificación del problema que yacía en él (de prueba) y al posterior encaro que supo darle el máximo tribunal de nuestro país, por medio de la aplicación del estándar de tasación probatorio formulado por el mismo en casos análogos. El cual consiste en una apreciación con matices subjetivos, ya que se toma en cuenta la posición del trabajador con respecto a la relación laboral y las consecuencias derivadas de ésta en materia probatoria. Y que al analizar el fallo se detectó como base de esta perspectiva pro operaria, el art. 9 de la LCT cuyo objeto es lograr un equilibrio de cargas entre las partes intervinientes.

Si bien este caso no es el primero en tratar la temática, es gracias al mismo que se sienta una línea decisoria, que a pesar de las modificaciones en la configuración de la CSJN, continua vigente. De esta manera sirve de antecedente para otros litigios que poseen características semejantes. Convirtiéndose en una sentencia que ratifica una postura valoratoria de la prueba, abandonando la rigidez para dar lugar a una posición más flexible a favor del trabajador, en consideración a la hiposuficiencia del mismo.

6. Lista de referencias

6.1. Legislación

Conferencia General de la Organización del Trabajo. (4 de junio de 1958).
Convenio OIT 111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación).

Congreso de la Nación Argentina. (3 de agosto de 1988). Ley de actos discriminatorios. [Ley 23.592].

Congreso de la Nación Argentina. (23 de marzo de 1988). Ley de asociaciones sindicales. [Ley 23.551].

Congreso de la Nación Argentina. (13 de mayo de 1976). Ley de contrato de trabajo. [Ley 20.744]

6.2. Doctrina

Babio, A. O. (1990). La prueba y su carga en el proceso laboral. *Revista del derecho de trabajo*. L.L (11), 2283 Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca910009-babio-prueba_su_carga_en.htm

Capón Filas, R. (1998). *Derecho del trabajo*. La Plata, Argentina. Librería Editora Platense.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2012). *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. (1ra ed.). México.

Gentile, E. (2015). *La prueba en los procesos laborales*. (1era ed.) Rosario, Argentina. Nova Tesis editorial jurídica.

Goldschmidt, J. (1936). *Derecho procesal civil*. (2da ed.) Barcelona, España. Editorial Labor.

Grisolia, J. (2016). *Manual del derecho laboral*. (7ma ed.). Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot S.A.

Grisolia, J. y Ahuad, E. (2014). *Ley de contratos de trabajo comentada*. (5ta ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Editorial Estudio.

Fernández León, O. (9 de noviembre 2016). ¿Son los testigos realmente imparciales? [LegalToday]. Recuperado de <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/gestion-del-despacho-blogs/blog-manual-interno-de-gestion/son-los-testigos-realmente-imparciales-2016-11-09/>

- Ferrer Beltrán, J.** (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España. Ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Fiorenza, A.** (2019). ¿De qué hablamos cuando hablamos de prueba?*Sistema Argentino de Información Jurídica*.Doi:: DACF190073<http://www.saij.gob.ar/alejandro-alberto-fiorenza-que-hablamos-cuando-hablamos-prueba-dacf190073-2019-04-23/123456789-0abc-defg3700-91fcanirtcod?q=fecha-rango%3A%5B20181118%20TO%2020190518%5D&o=1495&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=9782>
- Orihuela, A. M.** (2019). *Constitución Nacional comentada*. (9na ed.)Buenos Aires, Argentina. Editorial Estudio.
- Malvezzi, S., Orehuela, J., Chiuzi, R., Vesga, J. y Riascos, W.** (2012). *Gramáticas actuales de la relación hombre-trabajo: propuestas de lectura*.Cali, Colombia. Editorial Bonaventuriana. Recuperado de http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3745/1/Gramatica_hombre-trabajo.pdf
- Mansuati, H.** (2010).Reflexiones en torno a la apreciación de la prueba, en la reforma al art. 9 de la L.C.T.*El dial*.Doi: DACF110022Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110022-mansueti-reflexiones_en_torno_apreciacion.htm
- Manili, P... [et al].** (2005).*Derecho procesal constitucional*. (1ra ed.) Buenos Aires, AR. Editorial universidad S.R.L.
- Rubio, V.** (2012). Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio. *Revista de derecho laboral*, Rubinzal Culzoni 2000 (1) 2772
- Peyrano, J.** (1996)Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatoria dinámica y su aplicación al proceso laboral. L.L 1996-B-1027

Toyama, J. y Vinatea, L. (15 de junio de 2016). ¿En qué consiste la estabilidad laboral? *Gaceta laboral*. Recuperado de <http://gacetalaboral.com/en-que-consiste-la-estabilidad-laboral/>

6.3. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (7 de diciembre de 2010).Fallos 333:2306.“Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo” [Mayoría: Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni- Disidencia parcial: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carmen M. Argibay]

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (15 de noviembre de 2011).Fallos 334:1387. “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio público de abogados de la Capital Federal” [Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni]

Corte Suprema de Justicia de la Nación.(20 de mayo de 2014).Fallos 337:611. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros” [Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda]

Corte Suprema de Justicia de la Nación.(4 de septiembre de 2018).Fallos 341:1106. “Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo Sindical”. [Mayoría: Juan Carlos Maqueda, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos Fernando Rosenkrantz- Disidencia parcial: Horacio Daniel Rosatti]

Corte Suprema de Justicia de la Nación(10 de junio de 2021). Fallos: 754:2016. “Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido” [Carlos Fernando Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda, Horacio Daniel Rosatti, Elena I. Highton, Ricardo Luis Lorenzetti]

6.4. Otras fuentes

Soy jurista. (2021) ¿Qué tengo que probar? La prueba en un despido discriminatorio [video]. [Youtube.https://www.youtube.com/watch?v=RRNpStYVOB8&t=391s](https://www.youtube.com/watch?v=RRNpStYVOB8&t=391s)

DerechoUBA.(2020).La prueba en el proceso laboral.

[Video].<https://youtu.be/djoXlmjpE0o>

7. Anexo: fallo completo

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto el Disco S.A. si amparo sindical", para decidir sobre su procedencia. Considerando:

1º) Que el actor promovió demanda persiguiendo la declaración de nulidad de su despido con sustento en lo dispuesto por el arto 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 87 Y 98 Y el arto 47 de la ley 23.551 contra Disco S.A. Sostuvo que tenía más de diez años de antigüedad y fue destacado como mejor empleado por la empresa pero vio alterada su situación cuando comenzó a reclamar su derecho a la representación sindical ante las arbitrariedades en que, según adujo o, incurría la compañía. En particular, afirmó que había reclamado a la patronal en reiteradas oportunidades e instado a sus compañeros para que se organizaran y propusieran la designación de delegados obreros. Había pedido también apoyo al gremio, destacando que se trata de una empresa con más de ciento sesenta dependientes en la sucursal de Avenida Belgrano 960 de la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca y cinco años de actividad comercial sin representantes gremiales. Relató que no había obtenido el apoyo del gremio pero había logrado el consenso de la mayoría de sus compañeros y presentado notas ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, ante la Dirección de Inspección Laboral y ante el propio gremio para que se exigiera a la patronal la elección de delegados.

2º) Que el 19 de abril de 2005 el actor fue suspendido por supuestas impuntualidades y el 21 de ese mismo mes rechazó la sanción, adujo que la suspensión era una represalia por su actividad sindical y que había intimado a la empleadora para que permitiera a los trabajadores reunirse y designar delegado provisorio hasta tanto el sindicato de empleados de comercio fijara fecha de elección. El 25 de abril la empresa lo despidió con fundamento en que su conducta era agravante y el actor sostuvo que ello encubrió un despido por motivos sindicales.

3º) Que el juez de primera instancia declaró en rebeldía a la demandada y entendió que ello implicó un reconocimiento tácito de los extremos mencionados en el escrito de inicio. Más allá de eso, consideró demostrada la afiliación del actor a la entidad sindical, las gestiones llevadas a cabo ante la autoridad administrativa requiriendo la convocatoria a elección de delegados obreros y el apoyo de sus

compañeros. En particular, destacó que el Ministerio de Trabajo emitió un dictamen favorable al demandante e intimó a la Seccional Catamarca del Centro de Empleados de Comercio a que disponga la convocatoria a elecciones de delegados. Consideró acreditada la existencia de actividad sindical del actor durante el desarrollo de la relación laboral y juzgó que el despido fue motivado por dicha actividad en base a varios elementos (cambios de destino del trabajador, control de horarios injustificado, negativa de permisos para ausentarse por exámenes, declaraciones de los testigos según las cuales el inspector de la Dirección de Inspección Laboral afirmó que el actor había sido desvinculado por sus reclamos sindicales, y un despido que no expresó con la claridad requerida por el art. 243 de la Ley de Contrato de Trabajo los motivos de la extinción ni del que se desprende que haya habido un incumplimiento, falta o inobservancia de la relación laboral que importara un daño o menoscabo a la seguridad, honor o interés de la patronal). Admitió entonces las pretensiones del actor con fundamento en el arto 47 de la ley 23.551, las cláusulas constitucionales que consagran el principio de no discriminación, el derecho a la igualdad y los Convenios 87 y 98 OIT.

4°) Que, apelada la sentencia por la demandada, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación desestimó los agravios de la empresa relacionados con la declaración de rebeldía y consideró que dicha declaración daba por reconocidos los hechos expuestos en la demanda. Destacó, sin embargo, que la ley 23.551 no prevé la reinstalación del activista sino solo la de los representantes gremiales. Fundó esa conclusión en la inteligencia de que, en el ámbito laboral privado, la estabilidad del dependiente es impropia.

5°) Que la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca confirmó la decisión. Para así resolver, sostuvo que la interpretación de la ley 23.551 efectuada por la cámara era una de las interpretaciones posibles de la normativa y que el recurrente tampoco gozaba de la protección, como mero "militante", de la ley 23.592. Señaló, por lo demás, que el trabajador no pudo demostrar que hubiera actuado como "activista" o "representante sindical de hecho", que dicha actividad haya sido conocida por la empleadora ni que los propios dependientes a quienes decía representar lo hubiesen reconocido como colaborador gremial. En particular, afirmó que la 'supuesta actividad sindical recién se puso de manifiesto al impugnar las sanciones que la patronal aplicó al

demandante y que las presentaciones ante el Ministerio fueron contemporáneas a la fecha del despido.

6°) Que contra esa decisión el actor interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la queja en examen. En su apelación, el recurrente alega que el a quo resolvió la contienda en forma contraria y con prescindencia de lo dispuesto en las leyes 23.551 y 23.592 y que incurrió en arbitrariedad por apartarse de las constancias probatorias que resultaban demostrativas de su actividad sindical. Afirma que la suspensión dispuesta por el empleador en forma previa al despido tuvo como objetivo amedrentar y reprimir su tarea gremial. Asevera que no se tomaron en cuenta los reiterados pedidos para que se autorice la convocatoria de elecciones.

7°) Que este Tribunal considera que los incumplimientos señalados por el a qua respecto de determinados recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007 carecen de entidad, en el caso, como obstáculo a la procedencia formal del recurso (art. 11 del citado reglamento).

8°) Que, al haberse formulado agravios con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 317:1155; 319:1997; 321:407; 324:2051, entre muchos otros). En ese sentido, la apelación resulta procedente pues, si bien es cierto que las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla, a la vía del arto 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicho principio cuando, como en el caso, el fallo recurrido omitió valorar prueba decisiva (Fallos: 314:312 y 330:4459, entre otros).

9°) Que esta Corte ha señalado cuál es el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, de considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori", Fallos: 334: 1387, "Sisnero", Fallos: 337: 611). Según dicho estándar, cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probado si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación.

Este estándar probatorio fijado por el Tribunal es aplicable en la presente causa, en la que se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los

términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592, y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen.

En primer lugar, tal como surge del estándar de "Pellicori", quien alega la existencia de un motivodiscriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.

Una vez demostrados verosímilmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.

Por último, sea que se trate de la parte que alega el motivo discriminatorio o de aquella que niega su existencia, para la acreditación de los extremos mencionados y para la evaluación de la prueba deben emplearse los medios habituales.

10) Que en el caso de autos el a quo, al confirmar el fallo del tribunal de alzada, ignoró el estándar probatorio descripto. Omitió valorar prueba que, a la luz de los tres aspectos de dicho estándar señalados en el considerando precedente, resultaba decisiva para una adecuada solución del pleito.

Por un lado, el tribunal no consideró elementos que dan cuenta de la verosimilitud de la afirmación del actor acerca de que su desvinculación obedeció a su actividad sindical. La corte provincial soslayó la documentación de fs. 248/253 y 277/285 que acredita la existencia de una presentación concreta formulada por el demandante ante la autoridad administrativa laboral para que se convocara a elecciones de delegados de personal y de que su petición recibió acogida favorable por parte de dicha autoridad. Esto último era particularmente relevante porque torna creíble que el actor estaba ejerciendo derechos sindicales protegidos por la ley 23.551 de manera regular. El a quo tampoco emitió un juicio fundado acerca de la prueba de testigos (fs. 205/209) cuya ponderación tuvo relevancia concluyente en el pronunciamiento de primera instancia (fs. 290/294) para considerar acreditado que los compañeros de trabajo apoyaron los reclamos de tipo gremial promovidos por el demandante. La prueba de testigos también fue relevante en dicho pronunciamiento para establecer que la empresa conocía la gestión sindical que aquel desarrollaba. La omisión de estos elementos muestra que no está justificada adecuadamente la postura de la alzada según la cual el actor no acreditó su actividad sindical, que sus compañeros no lo acompañaron o que la empresa no conocía dicha actividad.

Por otro lado, el superior tribunal local no solo prescindió de considerar elementos que hacían verosímil la postura del reclamante, sino que omitió por completo examinar si la empresa satisfizo la carga que sobre ella pesaba. En particular, el a quo no consideró si existían circunstancias que justificaran el despido con causa dispuesto por la empresa. Omitió, además, ponderar el hecho de que la primera reacción de la demandada frente al rechazo de la suspensión por parte del actor y de la comunicación formal que este efectuó en la que informaba que estaba promoviendo la elección de delegados fue el despido. Tampoco evaluó si la causal invocada por la empleadora (las supuestas impuntualidades) estaba configurada y si, en el caso de que hubiera sido así, ello constituía injuria suficiente para justificar la desvinculación.

Por último, el tribunal a qua omitió también examinar si cada parte satisfizo su carga probatoria a la luz de los medios habituales y los mecanismos usuales de

valoración. En momento alguno ponderó que la empresa no contestó la demanda y no produjo prueba y tampoco consideró la postura de las sentencias de primera y segunda instancia según la cual la falta de contestación por parte de la empresa la perjudicaba.

En tales condiciones, corresponde descalificar el fallo recurrido como acto judicial válido -sin que ello implique abrir juicio sobre el resultado final del litigio- y resulta innecesario el tratamiento de las restantes cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal. Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. . ~CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ / JUAN CARLOS MAQUEDA/ ELENE I. HIGHTON DE NOLASCO/ HORACIO ROSATTI (por su voto).

-// -TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI
Considerando:

1º) Que, en lo que aquí interesa, el actor promovió demanda con el objeto de que se declare la nulidad de su despido y, en consecuencia, su reinstalación en el puesto de trabajo con sustento en lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 87 y 98, el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo, la ley 23.551 y demás normas aplicables contra Disco S.A., propietaria de los locales comerciales que giraban bajo la firma y marca comercial "Supermercados Vea", para la que prestó servicios durante más de 10 años. Consideró que el distracto dispuesto por la demandada había sido arbitrario, discriminatorio y violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley, toda vez que la decisión empresaria encubrió una represalia motivada en su actividad sindical.

2º) Que el juez de primera instancia declaró en rebeldía a la demandada pues no compareció a responder la acción; consideró demostrada la afiliación del actor a la entidad sindical, las gestiones efectuadas ante la autoridad administrativa requiriendo la convocatoria a elección de delegados obreros, el apoyo de sus compañeros de trabajo, así como el ejercicio de actividad sindical durante el desarrollo de la relación laboral; calificó como discriminatoria la conducta de la empleadora; admitió las pretensiones con cita de las cláusulas constitucionales que consagran el principio de no

discriminación y el derecho a la igualdad (arts. 14 bis, 75 inciso 22 y su remisión a los tratados constitucionalizados) y los Convenios 87 y 98 de la OIT, y adhirió a los criterios jurisprudenciales que realizan una interpretación amplia del art. 47 de la ley 23.551, asimilable -en sus alcances- a la disposición del art. 1 de la ley 23.592 a la que consideró como la regla general en materia antidiscriminatoria.

Apelada la sentencia por Disco S.A., la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación desestimó los agravios relacionados con la declaración de rebeldía y consideró que esa declaración daba por reconocidos los hechos expuestos en la demanda. Empero, destacó que dicha situación procesal, por sí sola, no era suficiente para el progreso del reclamo dirigido a obtener la nulidad del despido, pues la legislación no prevé la reinstalación del activista sino solo respecto de los representantes gremiales. Fundó esta conclusión en la inteligencia de que en el ámbito laboral privado la estabilidad del dependiente es, por regla, impropia y, por ende, la única consecuencia de un despido sin causa es el pago de una indemnización.

3º) Que contra esa sentencia el actor dedujo recurso de casación ante la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca que fue desestimado. Para decidir de ese modo sostuvo, en lo medular, que las cuestiones planteadas en el remedio casatorio remitían al análisis de cuestiones ajenas a la vía intentada. Descartó que mediara violación a la ley o arbitrariedad en la decisión apelada en cuanto el razonamiento de los jueces se correspondía con una corriente de opinión calificada sobre el tema. Agregó que el Convenio 135 de la OIT y la ley 23.551 resguardaban la específica actividad de quienes ejercían algún grado de representación -a la que consideró inescindible de la noción de sindicalización o agremiación- y que la calidad de activista, militante, o asociado del actor resultaba insuficiente para reclamar la tutela de la citada ley 23.551. En el mismo orden de ideas, entendió que la ley 23.592 era inaplicable al caso, pues no se habían probado los presupuestos de hecho que esta requería.

Contra dicho pronunciamiento el demandante interpuso el recurso extraordinario que, al ser desestimado, dio origen a la queja en examen.

4º) Que los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción, pues el examen de la controversia exige la interpretación de normas de esa naturaleza y la decisión apelada ha sido contraria al derecho en ellas

fundado (art. 14 de la ley 48). Además, la consideración de los agravios vinculados con extremos fácticos de la causa se encuentra inescindiblemente unida a la cuestión federal antedicha, por lo que corresponde que se examinen en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206 y 330:1195 y sus citas).

Cabe advertir, asimismo, que a los fines señalados esta Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735).

5°) Que llega firme a esta instancia que el actor desarrolló la actividad sindical descripta en el primer pronunciamiento y que, al rechazar por carta documento una sanción informada, denunció el carácter persecutorio de la medida disciplinaria e intimó a la demandada a que cesara en su conducta y permitiera a los trabajadores reunirse y proceder a la elección del delegado provisorio. Del mismo modo no se discute que la demandada respondió a estos requerimientos con el despido directo al considerar como injuria grave los términos de la misiva.

El debate, entonces, se ciñe a dirimir los alcances de la tutela que emerge del arto 1° de la ley 23.592 frente a un despido que impidió el libre ejercicio de la libertad sindical, y de los derechos de reunión, de expresión y al trabajo. La exégesis ha de realizarse, bueno es aclararlo, teniendo en cuenta que la ley citada reglamenta de manera directa el art. 16 de la Constitución Nacional, esto es, el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación (Fallos: 320: 1842), reglas que, además, fueron receptadas por el texto constitucional en los arts. 14 bis, 37, 75, incisos 19 y 23, Y 43. El art. 75 inciso 22, por su parte, dio rango constitucional a un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos que también las asegura, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2 y 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los tratados destinados a la materia en campos específicos, v.gr. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre Derechos del Niño (art. 2), y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

6°) Que la ley 23.592 establece que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como [...] opinión política o gremial." (art.1°).

Los términos generales en que ha sido redactada la norma no permiten excluir de sus previsiones al ámbito laboral privado. Tal conclusión no encuentra obstáculo en lo previsto por la ley 23.551, que contempla una acción específica de reinstalación para los representantes gremiales ni en la Ley de Contrato de Trabajo, que prevé supuestos específicos de discriminación cuya reparación consiste en una indemnización agravada.

En efecto, el arto 52 de la ley 23.551 dio al afectado la facultad de elegir entre una acción dirigida a lograr la restitutio in integrum (dejar sin efecto el acto discriminatorio con más el pago de los salarios caídos durante la tramitación judicial) o una indemnización agravada. De lo expuesto se sigue que para el legislador no había tensión alguna en la coexistencia de distintos modos de reparación; solo así puede justificarse un régimen laboral en el que la respuesta legal transita entre un mínimo -reparación económica- y un máximo -restitución a las condiciones previas al acto discriminatorio-, a opción de la víctima.

7°) Que es preciso recordar que el mismo Parlamento que sancionó la ley 23.551 (el 23 de marzo de 1988, con promulgación el 14 de abril) pocos meses más tarde aprobó la ley 23.592 (el 3 de agosto de 1988, con promulgación el 23 de agosto de 1988).

Por ello, es factible colegir que el legislador haya tenido el propósito de conjurar los actos discriminatorios producidos en el ámbito laboral ofreciendo una opción que, hasta entonces, no estaba disponible en el ordenamiento jurídico vigente.

Las reglas de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744, 11 de septiembre de 1974) que contemplan supuestos específicos de discriminación -y tarifican una reparación pecuniaria- dan cuenta de una temprana preocupación del legislador nacional por

repeler las conductas discriminatorias en el ámbito laboral y no pudieron haber sido ignoradas por el Congreso que 14 años más tarde aprobó la citada ley 23.592 sin salvedad alguna respecto del modo en que debía aplicarse en el contexto de la relación laboral.

Sobre esta base, la concurrencia de normas especiales y anteriores con la ley que se analiza no entraña contradicción o tensión alguna, debiendo recordarse que -en virtud de su sistema de fuentes- deviene recurrente en materia laboral la confluencia de diferentes normas jurídicas a la solución de un mismo supuesto. Como se advirtiera, la coexistencia de reparaciones de distinta naturaleza -pecuniaria o *in integrum*- es una respuesta presente en la legislación en la que solo la víctima puede optar.

En definitiva, la ley antidiscriminatoria es una regla general que vino a ampliar la cobertura que, ante una misma situación, prevén las leyes especiales, sin que de su letra surja restricción alguna de la que pueda derivarse incompatibilidad con las normas que contemplan un resarcimiento económico ni la exclusión de un colectivo de personas del remedio que el legislador quiso como regla.

Nada obsta, entonces, a que el juzgador, ante el dilema de normas especiales aplicables al caso y el reclamo del damnificado basado en la ley 23.592 respete la opción formulada por este.

Finalmente, y aun cuando resulte evidente, si el caso no configura ninguno de los supuestos especiales para los que el legislador previó una reparación indemnizatoria la ley aplicable será la ley antidiscriminatoria.

8º) Que la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas así como la obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación y, en su caso, sancionarla, según se sigue de las consideraciones que anteceden, deben reflejarse en dos aspectos: la legislación, por un lado, y la interpretación que de esta hagan los tribunales, por el otro.

Ejemplo del primer aspecto resulta la ley 23.592, en cuanto se ha orientado a resguardar "el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional", tal como lo sostuvo el Tribunal en los casos "Partido Nuevo Triunfo" (Fallos: 332: 433) Y "Álvarez" (Fallos: 333:2306).

Respecto de la interpretación de la ley citada cabe destacar que de las circunstancias fácticas comprobadas de la causa se desprende que el litigio se relaciona, directamente, con tres libertades "esenciales del estado constitucional vigente en la República": de reunión, de expresión y de asociación ("Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia", Fallos: 329:5266), cuya limitación afecta a una cuarta, la libertad sindical.

Todas estas, junto con la libertad de opinión, resultan inseparables, mayormente cuando en el mencionado art. 1° el legislador previó que -específicamente- "se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como [...] opinión [...] gremial". Es evidente que la ley no requiere, para producir sus efectos, que la persona ejerza una "función" sindical. De lo que se trata, por el contrario, es de esclarecer si el resultado del acto impugnado (despido) derivó de un motivo calificable como discriminatorio. Al respecto, si bien es cierto que para que la "opinión gremial" constituya un motivo discriminatorio se requiere de una actividad de parte de quien la alegue (expresión de la opinión) no lo es menos que dicha actividad puede asumir muy diferentes maneras o modos, sin que exista un único supuesto legal protegido, so riesgo de vaciar a dicha libertad de buena parte de su contenido.

9°) Que, conforme lo ha sostenido este Tribunal, resulta una pauta hermenéutica fundamental del ordenamiento infraconstitucional que deba ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" ("Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires", Fallos: 308:647). De ahí que la lectura del art. 1° de la ley 23.592 deba reflejar el íntimo enlace que dicho precepto guarda con el aparato conceptual y de exégesis de las normas que integran el bloque constitucional.

Este nexo, además, ha sido expresamente reconocido durante el proceso de formación de la norma, a poco que se observen las referencias formuladas por los legisladores a los tratados. Internacionales de derechos humanos ratificados por la República, a la Declaración Universal de Derechos Humanos e, incluso, al art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas (Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 29° reunión, 24/3/1988, págs. 2871, .2877/2879; Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación, 21° reunión, 3/8/1988, págs. 3470/3471, 3473, 3544/3545, 3547).

Tres consecuencias se siguen de lo dicho:

En primer lugar, el decidido impulso hacia la "progresividad" en la plena efectividad de los derechos humanos que reconoce el mentado bloque y el principio "pro persona" que este impone, determinan que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Fallos: 330: 1989 y 333: 2306). En este sentido, cuadra destacar que, no obstante el carácter ejemplificativo de los motivos de discriminación contenidos en el citado art. 1, el énfasis puesto por este sobre la libertad de opinión gremial es muestra acabada de que, para el legislador, aquella ameritaba ser "particularmente" protegida. Y, en verdad, no parece prestarse a discusión que el ejercicio de dicha libertad encuentra, en el desarrollo de la relación de empleo, una de sus plazas más propicias. Así lo entiende, por lo demás, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (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, 2009, párr. 23).

En segundo lugar, tal como lo prescribe el arto 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones". Este último enunciado, a su vez, fue reproducido por el art. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es connatural a los arts. IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tampoco ha sido pasado por alto en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 13.1). Se trata de un derecho respecto del cual el recordado Pacto "no autoriza excepción ni restricción alguna", y que protege "todas las formas de opinión: nadie puede ver conculcados los derechos que reconoce el Pacto "en razón de las opiniones que haya expresado o le sean atribuidas o supuestas" (Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011, párr. 9).

En tercer lugar, la referencia de la ley 23.592 a las "opiniones" establece una perfecta armonía con las cláusulas antidiscriminatorias enunciadas en numerosos instrumentos del bloque de constitucionalidad (v.gr. arts. 2.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Otro tanto ocurre con la Declaración Universal de Derechos

Humanos (art. 2.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), los cuales, además, reconocen expresamente el derecho al trabajo (arts. 23.1 y 6, respectivamente), con lo cual, naturalmente, prohíben toda discriminación "en el acceso al empleo y en la conservación del mismo (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, párr. 12.i). Y, así como el citado art. 6 impone "en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, la ley 23.592 fulmina la validez de los distractos discriminatorios. El Protocolo de San Salvador, en el grado suprallegal, se inserta en la línea de estos dos últimos instrumentos (arts. 3 y 6).

10) Que se suma a este orden de ideas, el aporte originario de la OIT en cuanto advierte como requisitos sine qua non, entre otros, de la libertad sindical, el derecho de reunión, de opinión y de expresión. Dicho principio, prácticamente centenario, tuvo el reconocimiento en el Preámbulo del texto fundacional de la OIT, vale decir, el Tratado de Versalles de 1919 (Sección 1 de la Parte XIII), como un presupuesto indispensable para mejorar las condiciones de trabajo y garantizar la paz y armonía universales basadas en la justicia social. Ello, a su turno, encontró su correlato en la categórica proclama de la ya citada Declaración de Filadelfia, por la cual fueron reafirmados no solo los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT, sino, "en especial", que la libertad de expresión es esencial para el progreso constante (1.b) (Asociación Trabajadores del Estado el Ministerio de Trabajo, Fallos: 331: 2499).

Se agrega a este contexto, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998), por cuanto, al paso que reitera que "la libertad de asociación y la libertad sindical" configuran principios y derechos reconocidos como "fundamentales dentro y fuera de la Organización", prevé que los Miembros -y Argentina lo es desde la recordada fundación- "aun cuando no hayan ratificado los convenios" vinculados con dichas libertades, "tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios" (2; el Anexo establece, además, un régimen de seguimiento de la Declaración).

Con nivel suprallegal para el orden interno (Fallos: 327:4607), ocupa un sitio destacado el Convenio N° 98 sobre Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva

(1949, ratificado en 1960), al disponer, previo enunciado de que "[los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo" (art. 1.1), que dicha protección "deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto [...] b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales [...]"(art. 1.2).

La importancia destacada del mencionado Convenio resulta notoria toda vez que, según lo afirmó la Conferencia Internacional del Trabajo en 1976, en la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles, el Convenio N° 98 se comunica directamente con el plexo normativo internacional del que se ha hecho mérito en anteriores considerandos. Así, tras aludir a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Conferencia señaló que "la libertad de opinión y de expresión, en particular, el derecho a no ser molestado por sus opiniones y el de buscar y recibir información y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión" son "esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales"; "el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles" (25/6/1970, 1 Y 2.b; en el inc. c añade el "derecho de reunión").

Por tanto, no se requiere aguzar la visión para comprobar que, sin el aseguramiento de las libertades que acaban de ser indicadas, es poco menos que imposible que puedan ejercerse acabadamente, v.gr., el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, previsto en el Convenio N° 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación (1948, ratificado en 1950). Este Convenio, "hito mayúsculo" del historial del derecho colectivo del trabajo, también se inserta entre los fundamentales comprendidos por la anteriormente citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, al tiempo que fue recibido, *expressis verbis* en dos tratados con jerarquía constitucional: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3), según lo destacó el Tribunal en "Asociación Trabajadores del Estado", ya citado; y en "Rossi, Adriana María el Estado Nacional - Armada Argentina" (Fallos: 332:2715). Un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, la cual incluye el ejercicio de la libertad sindical, si en la realidad esta potestad es inexistente o

se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Huilea Teese vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3/3/2005, Serie C N° 121, párr. 77; Caso Cantoral Huamaní y Gareía Santa Cruz vs. Perú, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 10/7/2007, Serie C N° 167, párr. 144.

11) Que dadas las particularidades del caso y los fundamentos de la sentencia impugnada mediante la apelación federal en el sentido de que la protección no alcanza al actor por carecer del carácter de representante sindical es útil recordar los categóricos términos con los que el Comité de Libertad Sindical advirtió que "[la protección contra la discriminación antisindical se aplica de la misma manera a los afiliados sindicales y ex representantes sindicales que a los dirigentes sindicales en ejercicio" (Véase Recopilación de 2006, párr. 775, énfasis agregado).

En un sentido análogo se ha pronunciado otro órgano de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, instituida en 1926, a fin de ejercer el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, OIT, cit., p. 36). En efecto, la Comisión se ha afirmado en los términos ya mencionados de la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles declarando que la libertad sindical "debe integrarse en un vasto conjunto de libertades fundamentales del hombre, interdependientes y complementarias unas de otras, las cuales fueron enumeradas por la Conferencia en la resolución de 1970" (caso Cuba, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 - núm. 87, ratificación: 1952-, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe II/Parte la, OIT, Ginebra, 2010, p. 133; asimismo: p.226) y, al unísono, ha reiterado el deber estatal de adoptar disposiciones que garanticen "a los trabajadores, de manera general, una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en el empleo (motivada por la afiliación o la actividad sindical)" (Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cit., pág. 181, itálicas agregadas).

12) Que la particularidad de la protección contra los actos u omisiones violatorios del principio de igualdad en el campo de la actividad sindical no ha de hacer perder de vista la que se aplica a todo el ámbito laboral, enunciada por el Convenio N°

111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (ratificado en 1968). Este instrumento también se inscribe, con los alcances ya indicados, en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo: "eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación" (2.d), al tiempo que su Preámbulo recuerda el art. II.a de la Declaración de Filadelfia. Para el Convenio es calificable de discriminación "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de [...] opinión política [...] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo [...]" (art. 1. a). De tal manera, "abarca toda la gama de situaciones que puedan afectar a la igualdad de oportunidades y de trato" (Igualdad en el empleo y la ocupación, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 1996, párr. 23), e implica protección de toda actividad encaminada a "expresar o demostrar" opiniones o principios (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008, OIT, Ginebra, 2012, pág. 359).

13) Que la protección efectiva contra todo acto u omisión discriminatorios en el ámbito de la libertad sindical y de sus condiciones imprescindibles: 'libertad de opinión, de expresión y de reunión, son, en definitiva, patrimonio de todo trabajador, sindicado o no, con pretensiones de representatividad o no, así como recaudos necesarios para que la organización sindical "libre y democrática" que asegura el art.14 bis de la Constitución Nacional sea una realidad concreta y significativa. "La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales" (Corte IDH, Caso Huilca Tecse, cit., párr. 75; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, cit. párr. 146). Más aún en un universo que, como el laboral, se encuentra regido por el principio de justicia social y tiene al trabajador como "sujeto de preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327: 3677; "Aquino", Fallos: 327: 3753; "Álvarez", Fallos: 333: 2306, "Pérez", Fallos: 332:2043, entre otros).

Es preciso recordar que "como ha señalado la Corte antes de ahora, la relación de trabajo muestra una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per

se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad ("Pérez", Fallos: 332:2043).

14) Que, en tales condiciones corresponde revocar la sentencia" impugnada en cuanto concierne a la interpretación de la ley 23.592, a fin de que sea dictada una nueva de acuerdo con la exégesis enunciada en la presente y en el contexto de los instrumentos y antecedentes de los que se ha hecho mérito.

15) Que la conclusión que antecede no importa desconocer el ejercicio de la libertad de contratación del empleador, constitucionalmente reconocida, de la que deriva la posibilidad de despedir, pues no se está consagrando en la especie una forma absoluta y general de estabilidad sino la prohibición de una típica y probada forma de discriminación.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), de manera que la causa deberá ser devuelta a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Recurso de queja interpuesto por José Gilberto Varela, actora, representado por la Dra. Eugenia Parra, con el patrocinio letrado de la Dra. Graciela Beatriz Rodríguez. Tribunal de origen: Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca. Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación de la Provincia de Catamarca y Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de Primera Nominación de la Provincia de Catamarca.