



TRABAJO FINAL DE GRADO - ABOGACIA.

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y SU PRUEBA.

AUTOR: ESTEBAN NAHUM CHIAVASSA.

FECHA DE ENTREGA: 14/11/2021

MODULO: N°. 4

TUTOR: MIRNA LOZANO BOSCH

Sumario: 1. Introducción.- 2. Hechos de la causa. - 3. Historia procesal y resolución del tribunal. - 4. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi.- 5. Análisis y comentarios: 5.1. Carga dinámica de la prueba y cargas probatorias con intensidad de esfuerzos diferentes. - 5.2. Indicios y presunciones. - 5.3. Tutela judicial efectiva. - 5.4. Doctrina.- 5.5. Jurisprudencia previa.- 5.6. Jurisprudencia y doctrina posterior.- **6. Opinión del Autor:** 6.1. Introducción.- 6.2. Momentos probatorios.- 6.3. Intensidad de los indicios.- 6.4. Aclaraciones sobre matices, alteración o abandono del estándar probatorio “Pellicori”. - **7. Conclusiones.- 8. Referencias bibliográficas.**

1. Introducción

La discriminación constituye un mal que atraviesa las relaciones humanas en general. En derecho laboral, afecta distintos aspectos y ello ha dado origen a numerosos pronunciamientos judiciales que procuraron erradicar sus efectos sobre remuneraciones, acceso al trabajo, despidos, etc..

En materia de despidos, existen dos temas de mucho interés. El primero de ellos, está referido a la normativa aplicable y a los efectos que se derivan de la constatación de la discriminación; esta problemática fue abordada en el precedente “Álvarez c/ Cencosud” (Fallos: 333:2306), caso en que la Corte puso punto final a la discusión sobre la aplicabilidad de la Ley N° 23.592; en la resolución, todos los jueces del Máximo Tribunal concluyeron que dicha legislación era aplicable a las relaciones laborales pero discreparon respecto de los efectos que se derivaban del despido discriminatorio (en lo esencial, algunos se pronunciaron por la reinstalación del trabajador y otros no, admitiendo sólo consecuencias indemnizatorias) (Ackerman y Sforsini, 2019, p. 280-281).

El segundo tema de gran interés, está dado por la prueba del despido discriminatorio, tratado en la causa “Pellicori” (Fallos: 334:1387) y que será objeto del presente trabajo. El fallo tiene una *importancia* jurídica fundamental, tanto por el carácter supremo del órgano jurisdiccional del que emana, como por sus aportes a la justicia y actividad procesal. Desde una perspectiva de estricta justicia, la resolución tiene la virtud de

haberse hecho cargo de la dificultad que existe al momento de probar el carácter¹ discriminatorio de un despido, y en haber ofrecido una solución para que dicha dificultad no termine socavando los principios de igualdad y no discriminación, garantizando -de esta manera- no sólo la plenitud de tales derechos sino también la efectividad de los recursos predispuestos para tutelarlos. Desde una perspectiva estrictamente procesal, la resolución tiene la virtud de haber establecido lineamientos básicos de imprescindible consideración para el planteo, defensa y decisión de casos en los que se alegue el carácter discriminatorio de un despido. Actualmente, la *relevancia* de su análisis no sólo deriva de los aspectos referidos precedentemente, sino del hecho de que algunas cuestiones merecen ciertas precisiones y de que algunos sectores entienden que la doctrina del fallo no se encontraría totalmente consolidada (García, 2021).

2. Hechos de la causa

Liliana Silvia Pellicori trabajaba para el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. El Colegio la despidió invocando como causal el supuesto uso irregular de una notebook que habría derivado en una pérdida de información reservada. Pellicori entendió que su despido obedecía -en realidad- a su vínculo con un delegado gremial y a su participación en prácticas sindicales, lo cual revelaría que su despido tuvo carácter discriminatorio.

3. Historia procesal y resolución del tribunal

Liliana Silvia Pellicori articuló acción de amparo en contra del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Denunció que había sido despedida de forma discriminatoria por tener vinculación con un delegado gremial y por tener participación en prácticas sindicales. Solicitó la declaración de nulidad de su despido y la reinstalación en su puesto de trabajo.

El Juzgado de Primera Instancia hizo lugar a la acción, declaró la nulidad del despido y dispuso la reinstalación de la actora.

¹ En este trabajo, se utilizarán las expresiones móvil, motivo y carácter discriminatorio, indistintamente y como sinónimos.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, revocó la decisión. Entendió que el régimen de estabilidad relativa impropia sólo genera consecuencias indemnizatorias, que el juego de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la CN impone un análisis estricto de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria, que la nulidad que consagra la Ley N° 23.592 requería de una prueba muy convictiva, que su apreciación debía ser muy exigente, que no correspondía distribuir la carga de la prueba, que debía analizarse el esfuerzo probatorio únicamente exigible a la actora, que el vínculo de ésta con un delegado gremial podía constituir un indicio pero no permitía establecer un nexo causal con la decisión rescisoria, y que la prueba colectada no permitía formar convicción acerca de que la actora hubiera sido despedida por su participación en actividades sindicales o por su vinculación con el delegado gremial.

La actora dedujo recurso extraordinario federal invocando la doctrina de la arbitrariedad porque la resolución decidió con prescindencia y aun en contra de la prueba producida, asegurando que existía todo un cuadro indiciario que demostraba la presencia de discriminación y que a la demandada correspondía desvirtuarlo.

El recurso extraordinario federal fue denegado y ello motivo la presentación de un recurso de queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento apelado en cuanto fue materia de agravio, descalificando la valoración de la prueba, estableciendo un nuevo estándar probatorio, pero sin emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

4. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi

La Corte consideró -con cita de numerosas normas, precedentes y opiniones- que los derechos humanos no pueden estar desprovistos de protección sin serio menoscabo a la dignidad del orden jurídico de la Nación²; dicha protección -explicó- deriva del establecimiento de garantías y recursos cuyo diseño, interpretación y aplicación deben adecuarse a las exigencias de protección efectiva que reclame cada derecho fundamental, su naturaleza, caracteres y realidad que los rodea.

En esa línea, advirtió que el Corpus Iuris Internacional elaborado por los Comités de Derechos Humanos instituyó dos reglas que parten de un dato realista y que procuran

² Casos “Siri” y “Kot” (Fallos 239:459 y 241:291).

asegurar una protección efectiva respecto del derecho a la igualdad y a no ser discriminado; el dato realista es que la prueba de una discriminación resulta sumamente difícil; las reglas, establecen que debe reducirse el grado de convicción esperable de la prueba de la víctima y que el onus probandi debe distribuirse estableciendo en qué medida habrá de pesar sobre el empleador demandado.

Dicho esto, el Máximo Tribunal continuó su desarrollo argumental enfatizando que los principios de igualdad y no discriminación revisten la condición de *ius cogens*, que la Ley N° 23.592 reglamenta el principio de igualdad del art. 16 de la CN, que aquella legislación debe ser entendida como un reflejo de la exigencia internacional de realizar acciones positivas tendientes a evitar la discriminación, y que entre esas acciones positivas también quedan comprendidas la interpretación y aplicación que de ella hagan los tribunales de justicia; agregó que todas estas pautas, no sólo asisten a los litigantes víctimas de discriminación, sino que -además- tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto podría generar en otras víctimas en trance de decidir si ocurrirán a la justicia.

Los fundamentos que anteceden constituyeron las bases para la solución del caso porque, a partir de ellos, la Corte entendió que el resguardo de los principios de igualdad y no discriminación (*ius cogens*) demandaba que las garantías y recursos predispuestos para defenderlos fueran realmente útiles; por ello, teniendo en cuenta la importancia de tales principios, haciéndose cargo de la dificultad probatoria y procurando cumplir una acción positiva tendiente a evitar la discriminación, elaboró un estándar probatorio que se estructura a partir de las directivas que surgen del considerando 11, párrafos segundo y tercero³ de su resolución, textos que deben ser

³ Considerando 11, segundo párrafo: “Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.”

Considerando 11, tercer párrafo: “Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya

leídos de manera conjunta y sin olvidarse de lo dispuesto en el último, ello para evitar todo tipo de equívocos.

El estándar probatorio al que se hace mención puede sintetizarse de la siguiente manera:

a) Para el actor, resulta suficiente con *acreditar los hechos que -prima facie evaluados- sean idóneos para inducir la existencia del motivo discriminatorio.*

b) En ese supuesto, corresponderá al demandado la prueba de que *el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.*

c) Cada uno de estos extremos deberá ser evaluado conforme las reglas de la sana crítica por los jueces de la causa.

d) La doctrina establecida no supone eximir de prueba al actor puesto que de ser controvertido el motivo discriminatorio, pesará sobre aquel la carga de *acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga su configuración.*

e) Lo expuesto *no implica -de producirse esa convicción- una inversión de la carga probatoria* ya que en ese supuesto al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

5. Análisis y comentarios

El análisis del fallo objeto de este trabajo remite a conceptos elementales, antecedentes doctrinarios y jurisprudencia que serán tratados seguidamente.

5.1. Carga dinámica de la prueba y cargas probatorias con intensidad de esfuerzos diferentes

En materia probatoria, el principio general establece que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377 del CPCN y similares) (Pose, 2011). Sin embargo, con el correr del tiempo, surgieron instrumentos que procuraron igualar -en términos reales- la faena probatoria, ello teniendo en cuenta la debilidad de una de las

que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.”

partes y la fortaleza de la otra. Así nacieron las teorías de la carga dinámica de la prueba y de la carga probatoria con intensidades de esfuerzos diferentes (Peyrano, 2013)

La teoría de la carga dinámica de las prueba proclama que dicha carga pesa sobre quien se encuentra en mejores condiciones fácticas, profesionales o técnicas para producir la prueba; dicha teoría no encierra una inversión probatoria completa sino que importa un aligeramiento probatorio que sólo opera en algunas áreas (especialmente en lo que se refiere al factor de atribución subjetivo) y no en todas; quien demanda por una mala praxis quirúrgica deberá probar -por ejemplo- el lugar donde se realizó la intervención y los daños que se produjeron, mientras que el cirujano deberá probar las razones exculporias que le asisten (Peyrano, 2011 y 2013).

La teoría de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes supone que los esfuerzos probatorios pueden ser diferentes en casos especiales de dificultad probatoria, desparejos entre sí y distintos de los corrientes; no desplaza el onus probandi, sino que exige esfuerzos probatorios muy diferentes; de ese modo, una de las partes correrá con la carga de asumir un esfuerzo probatorio de baja intensidad mientras que la otra deberá asumir uno de mayor entidad (Peyrano, 2011 y 2013).

5.2. Indicios y presunciones

En ciertas ocasiones, resulta imposible o muy difícil probar el hecho que interesa a través de medios de prueba que los constaten directamente; en tales situaciones, cobra relevancia la noción de indicio, la cual hace referencia a un hecho conocido del cual se induce otro desconocido mediante un argumento probatorio que se obtiene de aquel en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos; con este alcance debe considerarse el hecho fuente de prueba y la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar; de esta manera, el juez puede inferir con mayor o menor seguridad (como cierto o probable) la existencia o inexistencia del hecho que se investiga; dicha inferencia se conoce como presunción judicial y es diferente del argumento que le sirve de causa (Devis Echandía, como se citó en Karpiuk, 2011).

También se dice que los indicios pueden definirse como un hecho o circunstancia probado del que puede inducirse una conclusión lógica de la existencia o inexistencia de una afirmación determinada, pero que ello -en el ámbito tribunalicio- no constituiría un

juicio apodíctico final, sino que requeriría pedir nuevas explicaciones o hechos a la contraparte para determinar si esta conclusión lógica se considera demostrada (González Rossi y Khedayán, 2018).

5.3. Tutela judicial efectiva

El derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra implícito en la declaración de cualquier derecho en tanto no es posible concebir la existencia de derechos que no puedan ser objeto de un resguardo adecuado. En otras palabras, de nada sirve consagrar derechos si al mínimo menoscabo el justiciable no puede defenderlo correctamente en tribunales. De allí que tal derecho se encontrara implícito en la Constitución Nacional (art. 33) pero ahora tiene expresa recepción en el bloque de constitucionalidad (arts. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Se ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental así como una garantía de todos los demás derechos, que tanto el legislador como la jurisdicción están obligado a brindar al justiciable una respuesta eficaz so pena de contrariar el mandato del constituyente, y que -en ocasiones- la efectividad requiere que el proceso adquiera alguna forma específica (Quadri, 2021).

5.4. Doctrina

En materia de doctrina, se ha dicho que el art. 377 del CPCC establece como principio general que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (Pose, 2011); asimismo, se ha señalado que dicho postulado fue flexibilizado a lo largo de los años a través de distintas teorías sobre carga de la prueba (Peyrano, 2013); en esa línea, la Corte sentó la tesis de que en litigios sobre discriminación corresponde flexibilizar las previsiones del art. 377 del CPCC por existir una tendencia de carácter internacional que busca conciliar normas sustanciales y adjetivas con el objeto de erradicar cualquier práctica discriminatoria (Pose, 2011).

Ahora bien, al establecer dicha flexibilización, la Corte ha instituido un nuevo *artefacto procesal* que no se identifica con la categoría de la carga dinámica de la prueba sino con la teoría de la carga probatoria con intensidades de esfuerzos diferentes,

ello porque respecto de un mismo y único tema, esto es, la existencia o no de una discriminación, no ha desplazado el onus probandi del actor al demandado, sino que ha establecido esfuerzos probatorios diferentes, aligerando en gran parte la faena probatoria que pesa sobre el trabajador e imponiendo gran parte de la misma al empleador; a “...la autoproclamada víctima de una discriminación le será suficiente con demostrar la verosimilitud de un distracto discriminatorio...” mientras que “...al sindicado como victimario le incumbirá la prueba exhaustiva acerca de que la situación fáctica y jurídica en danza (el despido, en el caso) no obedeció a un proceder discriminatorio...” (Peyrano, 2011).

Analizando el valor de la prueba del trabajador, se ha dicho que el *factum* que debe aportar tiene que permitir la derivación de *datos racionales* sobre la presencia de la causal de despido oculta (Palomeque López, como se citó en Ackerman y Sforsini, 2019, p. 294), lo que implica exigir que aporte indicios que -sin acreditar de manera inmediata y directa el hecho principal- sean idóneos para generar una *sospecha razonable* de que la conducta denunciada tuvo lugar (Ugarte Cataldo, como se citó en Ackerman y Sforsini, 2019, p. 294); en el mismo sentido, se ha entendido que el carácter suficiente requerido debe entenderse más que a un *número* determinado de indicios a una cierta *calidad* de los mismos, los que deben permitir la sospecha razonable de que la vulneración se ha producido; algunos autores -incluso- han elaborado una lista ejemplificativa de hechos con valor indiciario tales como a) la correlación temporal del ejercicio del derecho fundamental y la conducta lesiva del empleador (el empleador se entera de que el trabajador hizo una denuncia y lo despide de inmediato); b) manifestaciones del empleador que puedan leerse motivadas por una intención lesiva de derechos fundamentales; c) la comparación del trato del empleador respecto de otros trabajadores en situaciones semejantes; d) la existencia de un clima agresivo hacia el ejercicio de derechos fundamentales en la empresa dado por conductas previas y persistentes del empleador (Ugarte Cataldo, como se citó en Ackerman y Sforsini, 2019, p. 294-295).

En sentido similar a lo ya expuesto, se ha dicho también que existen distintos tipos de indicios en casos de discriminación, algunos de mayor intensidad que otros, de manera que pueden existir algunos cuya única conclusión es que existió un acto discriminatorio, mientras que otros pueden ser contingentes y admitir otras causas; de

allí que la primera operación mental será determinar si los indicios se presentan con suficiente intensidad, y una vez hecho esto, surgirá la presunción judicial *iuris tantum* - que puede destruirse por prueba contraria- de que existió un acto **discriminatorio** trasladándose la carga probatoria a la parte demandada, la que deberá explicar el acto que se le imputa (González Rossi y Khedayán, 2018).

5.5. Jurisprudencia previa

En materia de antecedentes jurisprudenciales pueden citarse varios pronunciamientos de las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

La Sala I, requirió una prueba muy convincente, apreciada de manera exigente y prudente (“Macaroff, Estela E. c. Pepsico de Argentina S.A.”, 05/09/07).

La Sala V, precisó que el trabajador tiene la carga de aportar un *indicio razonable* de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; que no basta una mera alegación; que debe acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar plena convicción del Tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le *induzca a una creencia racional* sobre su posibilidad; y que -una vez configurado el cuadro indiciario- recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales (“Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A. s/amparo”, 14/06/06); en sentido similar, se dictaron muchos otros fallos (Sala II, “Scognamillo, María c. Dadone Argentina S.A. s/despido”, 17/11/2006; Sala VII, “Rybar, Héctor c. Banco de la Nación Argentina s/despido”, 08/06/2007; Sala IX “Yacanto, Claudio c. Radiotrónica de Argentina S.A. y otro s/sumarísimo”, 27/06/2007; Sala X, “Muñoz Castillo, Alejandra Noelia c. Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. UTE s/juicio sumarísimo”, 30/04/2010) (Karpiuk, 2011).

5.6. Jurisprudencia y doctrina posterior

La Corte ratificó su estándar probatorio en “Sisnero”, “Varela”, “Fontana”, “Caminos” y “Romero”⁴.

En “Sisnero”, citó “Pellicori” y dijo que -conforme dicho precedente- para la parte que invoca un 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 (...) la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”.

En “Varela”, citó “Pellicori” y “Sisnero”; luego dijo que la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada 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...”; que quien alega la existencia de un motivo discriminatorio “...debe mostrar prima facie o verosímelmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca...”; y que -en el caso concreto- el tribunal no había considerado elementos que daban “...cuenta de la verosimilitud de la afirmación del actor acerca de que su desvinculación obedeció a su actividad sindical...” (el subrayado me pertenece).

En “Fontana”, citó “Pellicori”, “Sisnero” y “Varela”; luego dijo una vez más que la existencia del motivo discriminatorio se considerará probado si el interesado “...demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado (...) la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado...” (el subrayado me pertenece).

En “Caminos”, el dictamen del Procurador que la Corte hizo suyo, citó “Pellicori” y “Sisnero”; luego dijo que para la parte que afirma un motivo discriminatorio resultará suficiente con la “...acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, supuesto en el cual corresponderá al demandado (...) la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación...”; finalmente, consideró que la sentencia impugnada no había aplicado

⁴ “Sisnero”, Fallos 337:611, del 20/05/2014; “Varela”, Fallos 341:1106, del 04/09/2018; “Fontana”, Fallos 344:527, del 08/04/2021; “Caminos”, Fallos 344:1336, del 10/06/2021; “Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación - Juicio Sumarísimo”, del 21/10/2021.

la referida pauta en circunstancias acreditadas que *verosíblemente* podían tener un móvil discriminatorio.

En “Romero”, la Corte citó “Pellicori” y “Varela”; luego dijo una vez más que para considerar probado un despido discriminatorio se deben “...acreditar hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado (...) la prueba de que responde a un móvil ajeno a toda discriminación...”.

Analizando “Varela” y “Fontana”, parte de la doctrina entiende que la Corte habría alterado el estándar probatorio que surgió con “Pellicori”. En esa línea, se dijo que dicho estándar fue objeto de abandono; que en “Pellicori” y en “Sisnero”, la Corte había sentado sin hesitaciones la aplicación del criterio de la inversión de la carga probatoria, afirmando que, para quien invoca el acto discriminatorio, era suficiente “la acreditación de hechos, que prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia (de discriminación)...”; siguiendo con esa exposición, se agregó que en “Varela” la Corte habría dejado de considerar suficiente la acreditación de hechos inductivos de la existencia de discriminación, pasando a exigir, *con significativos rodeos retóricos*, que se “demuestre, de modo verosímil, que la medida -en este caso, el despido- fue dispuesta por” un móvil discriminatorio, condición que habría sido reiterada en “Fontana”. El mismo sector de la doctrina afirma -en cambio- que con “Caminos” habría reaparecido el estándar probatorio tal como fue acuñado originariamente en “Pellicori” (García, 2021).

6. Opinión del Autor

6.1. Introducción

En el presente capítulo se analizarán los elementos más importantes del caso “Pellicori” y se harán una serie de precisiones para aclarar la forma en que funciona el estándar probatorio instituido.

Ante todo, debe señalarse que “Pellicori” tiene la virtud de haber ofrecido una herramienta de suma importancia para hacer frente al fenómeno de la discriminación; partiendo de la idea de que los principios de igualdad y no discriminación revisten la condición de *ius cogens*, de que todo derecho demanda un resguardo, de que dicho resguardo debe ser efectivo, y de que esa efectividad no sólo debe ser garantizada por

los recursos predispuestos por el ordenamiento jurídico sino también por la interpretación y aplicación que de ellos haga la judicatura, la Corte entendió que correspondía flexibilizar el principio general de la carga probatoria (art. 377 del CPCC) y distribuirla -racionalmente- entre las partes que discuten el carácter discriminatorio del despido, garantizando a la pretensa víctima que su reclamo será atendido de manera suficiente y asegurando al supuesto victimario que su derecho de defensa no será vulnerado, adoptado -de esta manera- la solución más justa que cabía tomar en el caso concreto.

No queda ninguna duda de que la carga de la prueba referida al carácter discriminatorio del despido debe distribuirse entre el trabajador y el empleador. Si no fuera así, la dificultad probatoria se haría recaer en una de las partes más débiles y en la que seguramente no tendrá elementos para probar aquello que generalmente se oculta. En ese cuadro de situación, deviene más que necesario admitir -y exigir- una flexibilización del principio general de la carga de la prueba para que cualquier violación al derecho de igualdad y no discriminación pueda ser reparado. El trabajador deberá cumplir con lo que racionalmente se le puede exigir, esto es, acreditar aquellos hechos o circunstancias de los que infiere -y permiten inferir- que su despido ha sido discriminatorio. El empleador -por su parte- también deberá aportar lo que esté su alcance, demostrando que el despido obedeció a cualquier otra causa que no tuvo un motivo discriminatorio. Consecuentemente, no se requerirá al trabajador plena prueba ni al empleador una prueba negativa; el primero deberá aportar indicios que induzcan a pensar que el despido tuvo carácter discriminatorio (no la discriminación en sí misma) y el segundo hechos que demuestren que el despido tuvo otra causa distinta. Finalmente, resta señalar que la faena probatoria del empleador sólo será exigible en la medida de que el trabajador haya cumplido con la suya previamente (Pisacco, 2013, p. 295, 298, 305, 332 y 334).

6.2. Momentos probatorios

Ahora bien, tomando en consideración los aportes doctrinarios y jurisprudenciales reseñados, así como los principios generales del derecho procesal y del trabajo, resulta necesario distinguir tres momentos en la prueba del carácter discriminatorio del despido.

1. El *primer momento* se refiere a la prueba del hecho concreto que se propone como *indicio*⁵ del móvil discriminatorio del despido. En lo que a este hecho se refiere, cabe aplicar las reglas generales, de manera que si bien conviene al trabajador acreditarlo en plenitud, no debe olvidarse que le basta con generar un estado de duda a su respecto, supuesto en el que el sentenciante decidirá en el sentido que le sea más favorable; de allí que si un trabajador afirma que fue despedido por haber realizado un reclamo gremial (aumento de salarios, por ejemplo), un testigo confirma que realizó ese reclamo y otro lo niega, el juzgador deberá concluir que el trabajador sí formuló ese reclamo por aplicación del art. 9 de la LCT.

2. El *segundo momento*, se refiere a la prueba del móvil discriminatorio del despido; no se trata ya de acreditar el hecho que se propone como indicio sino de probar el *hecho desconocido señalado* por el indicio. Para alcanzar esa prueba, “Pellicori” exige que el hecho que se propuso como indicio -y que obviamente debe haber sido acreditado- resulte idóneo para inducir, verosímilmente, la existencia del móvil discriminatorio, que es -en definitiva- lo que debe ser *prima facie* demostrado. Así surge de los párrafos segundo y tercero del considerando 11, interpretados de manera conjunta y sin olvidar lo dispuesto en el último. Nótese que el actor tiene que *acreditar* hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para *inducir* la existencia del motivo discriminatorio (segundo párrafo), y que en caso de que dicho motivo fuera controvertido por el accionado, pesará sobre el actor la carga de demostrar los hechos de los que *verosímilmente* se siga su configuración, correspondiendo al demandado probar hechos que justifiquen descartar el *prima facie* acreditado, esto es, el móvil discriminatorio (tercer párrafo).

Ya se dijo que el actor tiene que acreditar el hecho que propone como indicio, y que este debe demostrarse conforme las reglas generales. Pero analizando detenidamente cada uno de los párrafos citados se advierte que, una vez acreditado el hecho que se propuso como indicio, deberá hacerse una *evaluación* del mismo; esa evaluación tendrá por objeto determinar si resulta idóneo para inducir la existencia del móvil discriminatorio o no; tal evaluación será *prima facie* en tanto lo que surja de la misma

⁵ En este trabajo, se hará referencia a las categorías de *hecho que se propone como indicio*, *hecho indiciario*, o *indicio*, de forma singular y para facilitar la lectura del mismo. Sin embargo, cada vez que se haga referencia a tales categorías en singular, debe entenderse que también es posible su referencia en plural (*hechos que se proponen como indicios*, *hechos indiciarios*, *indicios*).

podrá ser refutado por la actividad del demandado; obsérvese que el segundo párrafo del considerando 11 habla de una evaluación *prima facie* y el tercer párrafo agrega que al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado (móvil discriminatorio). Siguiendo con el análisis, debe añadirse que - para que el móvil discriminatorio pueda tenerse por acreditado *prima facie*- es necesario que el hecho que se propuso como indicio y que fuera acreditado, resulte idóneo para inducir *verosímilmente* el móvil discriminatorio del despido; repárese en que el segundo párrafo refiere que el hecho indiciario debe resultar idóneo para inducir la existencia del mismo, pero el tercer párrafo agrega que la inducción debe ser por lo menos verosímil, ello para el caso de que el demandado niegue el motivo discriminatorio, que es lo que ocurrirá prácticamente en todos los casos, salvo el de falta de contestación de la demanda o el muy improbable de reconocimiento de la discriminación. En pocas palabras y ordenando un poco las ideas, el actor deberá probar hechos indiciarios conforme las reglas generales, una vez acreditados estos deberá hacerse una evaluación *prima facie* de los mismos, esa evaluación tendrá por objeto determinar si ellos resultan idóneos para inducir la existencia del móvil discriminatorio, pero esa inducción deberá ser por lo menos verosímil; como la evaluación y su resultado se hará a *prima facie*, podrá ser objeto de refutación por del demandado.

3. El *tercer momento* -finalmente- se refiere a la *prueba del empleador* y resultará exigible en la medida que el trabajador hubiera cumplido con su carga previamente (Pisacco, 2013, p. 295, 298, 305, 332 y 334); el patrón, a diferencia del dependiente, deberá probar a cabalidad que el motivo por el cual despidió a su empleado obedeció a una causa objetiva que no puede identificarse con un motivo discriminatorio.

6.3. Intensidad de los indicios

Ahora bien, debe destacarse que no todos los indicios tienen la misma intensidad, de manera que -teóricamente- en algunos casos podría llegar a bastar con un solo indicio, y en otros hará falta más de uno para cumplir con el segundo momento probatorio. La *calidad* y la *cantidad* de indicios son elementos relevantes, pero también lo es el conjunto de circunstancias que los rodean y que puede generar un *contexto* valorable, tanto para disminuir como para potenciar la intensidad que pudiera emerger de la calidad o cantidad de indicios disponibles.

Existen ciertos hechos que normalmente nos llevarían a pensar que un despido tuvo carácter discriminatorio; supongamos el caso de un empleado que formuló un reclamo gremial (aumento de salarios, por ejemplo) y que al mes fue despedido. El contexto en el que aquel hecho tuvo lugar podría tener efectos relevantes en su interpretación. Si en la empresa se vive un clima de permanente hostilidad para con los trabajadores, uno de ellos hace un reclamo gremial y al mes resulta despedido, puede decirse que existen indicios bastantes serios de que fue desvinculado por ese motivo. Si, por el contrario, no existe aquel clima, un trabajador hace un reclamo gremial y al mes es despedido, uno todavía podría verse movido a pensar que fue desvinculado por ese motivo. *Pero si resulta que en la empresa nunca se vivió un clima de aquel tipo, sino que -en cambio- los reclamos gremiales siempre fueron bien recibidos y hasta atendidos, cabe preguntarse si sería posible tomar un nuevo reclamo como el motivo del despido.* Como puede apreciarse, el contexto puede resultar muy importante para valorar la intensidad de un indicio, disminuyendo o potenciándola según el caso, y permitiendo determinar, con mayor corrección, la verosimilitud que emerge del mismo.

De allí puede derivarse que el análisis del hecho que se propone como indicio no será correcto si sólo se toma en consideración su calidad y cantidad puesto que la relevancia de tales caracteres y la determinación de su eficacia probatoria dependerá -en gran medida- de las circunstancias que lo rodean; sólo contextualizando aquel hecho en estas circunstancias podrá valorarse si el mismo -en el caso concreto- permite inducir, verosímilmente, la existencia del móvil discriminatorio; los indicios pueden tener mayor o menor intensidad, y ese carácter, no sólo puede derivar de su cantidad o calidad, sino que también puede verse potenciado o disminuido por el contexto en el que se insertan; en cierto contexto, un hecho podría erigirse en un indicio suficiente pero en otro podría ser sumamente endeble. La aclaración que antecede se formula teniendo en cuenta que el estándar probatorio de “Pellicori” refiere que la valoración del hecho que se propone como indicio debe hacerse prima facie, lo cual podría derivar en una equivocación consistente en juzgar que el análisis del mismo debe hacerse sin mayores cuidados y sin consideración del contexto, todo ello cuando no debería ser así; por el contrario, la expresión prima facie debe ser entendida como un análisis no definitivo, no concluyente ni exhaustivo en tanto se permite que el empleador -con su actividad probatoria- refute la conclusión inicial a la que pudiera arribarse; sin embargo, ello -en modo alguno-

implica que pueda admitirse una tarea descuidada del juzgador ya que él está llamado a determinar si el hecho indiciario acreditado resulta idóneo para inducir la existencia de un motivo discriminatorio, lo cual -lógicamente- no puede hacerse de manera despreocupada.

6.4. Aclaraciones sobre matices, alteración o abandono del estándar probatorio “Pellicori”

Tal como ya se relató, parte de la doctrina entiende que la Corte habría alterado el estándar probatorio que surgió con “Pellicori”. En esa línea, se dijo que -en “Varela”- la Corte habría dejado de considerar suficiente la acreditación de hechos inductivos de la de discriminación, pasando a exigir, con *significativos rodeos retóricos*, que se “demuestre, de modo verosímil, que la medida -en este caso, el despido- fue dispuesta por” un móvil discriminatorio, condición que habría sido reiterada en “Fontana”. No obstante ello, lo expuesto en párrafos precedentes demuestra que la exigencia de *verosimilitud* siempre estuvo presente en el estándar probatorio instituido por “Pellicori”, ello porque así surge del tercer párrafo del considerando 11.

En donde sí se advierte alguna confusión, es en lo que puede ser objeto de acreditación prima facie. En “Varela”, la Corte recordó haber establecido un estándar probatorio aplicable en materia de discriminación laboral, ello atento la notoria dificultad para considerarla fehacientemente probada (citó “Pellicori” y “Sisnero”). Seguidamente, explicó que la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado “...acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón...” (considerando 9, primer párrafo). Hasta aquí, puede leerse que, dado lo difícil que resulta probar el motivo discriminatorio, bastará con que el interesado acredite verosímilmente su existencia. Como se ve, la flexibilización probatoria se admite -no respecto de las acciones, actividades o categorías en las que se encuentre inmerso el actor- sino respecto del motivo, móvil o carácter discriminatorio del despido dispuesto. Sin embargo, esto que parecía resultar absolutamente claro hasta aquí, se torna confuso con otras expresiones que vierte la Corte posteriormente, tales como que “...quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca...” (considerando 9, tercer párrafo). Luego, surge la pregunta sobre qué es lo que

puede acreditarse prima facie o con verosimilitud: a) el hecho indiciario o b) el hecho señalado por el indicio. En rigor de verdad, las acciones, actividades o categorías en las que se encuentre inmerso el actor (hecho indiciario) no deben acreditarse prima fase o con verosimilitud; para la prueba de las mismas rigen las reglas generales referidas oportunamente. Lo que puede probarse prima facie y con verosimilitud, siguiendo el estándar probatorio instituido con “Pellicori”, es el motivo discriminatorio del empleador, el cual -por encontrarse oculto en su fuero íntimo- sólo podrá acreditarse mediante una inducción o inferencia, a prima facie y en grado de verosimilitud (hecho señalado por el indicio).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer las siguientes reflexiones. Primero, que “Pellicori” flexibilizó la carga probatoria pero exigía verosimilitud en la inducción o inferencia. Segundo, que dicha verosimilitud fue exigida en fallos posteriores tales como “Varela”, “Fontana” y “Caminos”. Tercero, que si bien “Varela” tiene algunas expresiones disonantes con relación a “Pellicori”, tales como las referidas a qué hechos pueden acreditarse prima facie y con verosimilitud, ello no debe hacernos perder de vista que el estándar probatorio de “Pellicori” fue instituido para facilitar la prueba del motivo discriminatorio, por lo que las expresiones de “Varela” seguramente obedecen a un error y no a un cambio real de criterio.

7. Conclusiones

Conforme todo lo expuesto pueden hacerse las siguientes conclusiones:

1. La prueba del móvil, motivo o carácter discriminatorio de un despido (u otra medida) es notoriamente *difícil*.
2. Para hacer frente a dicha dificultad, la Corte estableció un *estándar probatorio* en “Pellicori”.
3. Dicho estándar admite la *flexibilización de la carga de la prueba* respecto del móvil, motivo o carácter discriminatorio.
4. Acreditado el hecho indiciario conforme las reglas generales, deberá realizarse una *evaluación* para determinar si aquel resulta idóneo para inducir la existencia del móvil, motivo o carácter discriminatorio.

5. Tal evaluación será *prima facie*, en tanto lo que surja de la misma podrá ser refutado por la actividad del demandado; que la evaluación sea *prima facie*, no significa que pueda ser descuidada o despreocupada.

6. Para que el móvil, motivo o carácter discriminatorio pueda tenerse por acreditado *prima facie*, será necesario que el hecho que se propuso como indicio, y que fuera acreditado conforme las reglas generales, resulte idóneo para inducir *verosímelmente* aquel móvil, motivo o carácter.

7. La *intensidad de los indicios* y la verosimilitud que ellos generen puede depender de su *calidad, cantidad* así como del *contexto* en el que ellos se inserten.

8. El estándar probatorio instituido con “Pellicori” ha sido *ratificado* en numerosos fallos emitidos por la propia Corte, más allá de algunas expresiones disonantes.

9. La doctrina sentada constituye una *herramienta de suma importancia para hacer frente al fenómeno de la discriminación*, garantiza a la pretensa víctima que su reclamo será atendido de manera suficiente, asegura al supuesto victimario que su derecho de defensa no será vulnerado, y adopta -de esta manera- la solución más justa que cabía tomar en el caso concreto.

10. *El trabajador deberá cumplir con lo que racionalmente se le puede exigir*, esto es, acreditar aquellos hechos o circunstancias de los que infiere -y de los que se pueda inferir- que su despido ha sido discriminatorio; no se le exigirá plena prueba ni la prueba de la discriminación en sí misma.

11. *El empleador también deberá aportar lo que esté su alcance*, demostrando que el despido obedeció a cualquier otra causa que no tuvo un motivo discriminatorio; no se le requerirá prueba negativa sino la prueba de hechos que demuestren que la medida o despido tuvo una causa distinta; la faena probatoria del empleador sólo será exigible en la medida de que el trabajador haya cumplido con la suya previamente.

Tal como surge del detalle que antecede, la Corte instituyó un estándar probatorio que permitirá hacer justicia en cada caso concreto y que constituye un elemento de imprescindible consideración para el planteo, defensa y decisión de casos en los que se alegue el carácter discriminatorio de un despido.

8. Referencias bibliográficas

- Ackerman, M. E. y Sforsini, M. I. (Ed.). (2019). *Jurisprudencia Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Comentada*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- García, H. O. (2021). Arbitrariedad de sentencia y estándar probatorio de la discriminación: Apuntes sobre la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema en materia de prueba de la discriminación desde ‘Pellicori’ a ‘Caminos’. *Rubinzal Online*. Recuperado de <https://www.rubinzalonline.com.ar>
- González Rossi, A. y Khedayán, E. P. (2018). Los cambios en el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la carga probatoria en los casos de discriminación laboral. *La Ley Online*. Recuperado de <http://laley.thomsonreuters.com>
- Karpiuk, H. H. (2011). Distribución de la carga probatoria en casos de discriminación. *La Ley Online*. Recuperado de <http://laley.thomsonreuters.com>
- Peyrano, J. W. (2011). Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes. *La Ley Online*. Recuperado de <http://laley.thomsonreuters.com>
- Peyrano, J. W. (2013). Las cargas probatorias desiguales. *La Ley Online*. Recuperado de <http://laley.thomsonreuters.com>
- Pisacco, M. (2013). *El despido discriminatorio y el derecho a la estabilidad*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Pose, C. (2011). Sobre el sistema de inversión de cargas probatorias en los supuestos de despido discriminatorio. *La Ley Online*. Recuperado de <http://laley.thomsonreuters.com>
- Quadri, G. H. (2021). La vulnerabilidad en el anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial. *La Ley Online*. Recuperado de <http://laley.thomsonreuters.com>