

EL 3 DEL 4 A 3

POR JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

EL 3 DEL 4 A 3

En el comentario anterior a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Alvarez, Maximiliano c/ CENCOSUD S.A.” presté atención a las cuestiones que derivan de la doctrina establecida por la mayoría del Tribunal. Ahora pondré la mira en el voto de la minoría que admitió la nulidad del despido discriminatorio pero en la condena del empleador que había incurrido en esa conducta, se admite que ante la negativa a la reincorporación, abone una indemnización. Es sobre este último aspecto que creo que debe reflexionarse ya que en la forma que se expone la propuesta de condena, encuentro aspectos que estimo no son jurídicamente correctos.

En el considerando 16 del voto suscripto por los Ministros Lorenzetti, Highton y Argibay, se sostiene – a mi juicio acertadamente – que “las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que, como se ha establecido ut supra, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado”. (Es obvio que con estas referencias se está dirigiendo la mirada a los supuestos de despido por matrimonio o por maternidad y, en último término, al aludir a la salvedad de previsión expresa, a las disposiciones de los arts. 48 a 52 de la ley 23.551, toda vez que en anteriores párrafos, se había puesto de relieve que en todo caso de garantía de protección, ésta tenía límites temporales precisos como ocurre en todos esos dispositivos protectorios (Considerando 14).

Seguidamente el voto asume el problema que surge de la ausencia de previsiones expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios que no sean los previstos en esa normativa y entonces sostiene que debe acudir a una solución que, por analogía, “repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador”. Insisto, el voto admite que no existen previsiones legislativas para supuestos de despidos discriminatorios distintos de los que los que ha mencionado en párrafos anteriores (Considerando 14). Y entonces establece la aplicación de “los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, arts. 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta – a criterio de este Tribunal – la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego”.

Como una aclaración interesante que no hace al análisis presente, se destaca, también de manera cierta y precisa, la compatibilidad de semejantes mecanismos de protección que no aceptan la reinstalación forzosa, con la doctrina de organismos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Hasta allí considero que el razonamiento resulta lógico – quiero decir dentro de las reglas del razonamiento jurídico – pero resulta que a renglón seguido, en el Considerando 18, se incorpora un nuevo elemento que no había sido considerado o que más bien había sido descartado. Me explico. Acepta el voto y es una base de su decisión, que dada la naturaleza o carácter “general y transversal a todas las ramas del derecho” que presenta la ley 23.592, “requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado” (Considerando 16) y por eso recurre a la aplicación analógica ya referida. Por lo tanto y conforme con las reglas básicas que sostienen esa técnica jurídica, la aplicación analógica supone un vacío normativo que debe ser cubierto con alguna norma perteneciente a otro sistema o régimen legal. No es aplicación analógica la que acumula normas sino, como acabo de expresar, la que llena una laguna con una disposición que pertenece a otro sistema. Porque está claro en el fundamento del voto de la minoría, que lo que indiscutiblemente para esa posición es aplicable, que lo que no puede exceptuar a las relaciones laborales, son las previsiones de la ley 23.592 en lo relativo a la hipótesis que prevé su art.1. Y lo aclara muy bien en el Considerando 13 al decir que el afectado – discriminado – tiene derecho a que se “deje sin efecto” el acto discriminatorio y se le “resarzan los daños y perjuicios sufridos”. Estos dos aspectos, estos dos efectos de la ley “general y transversal”, son proyectables al despido discriminatorio y a cualquier acto de esa desfavorable característica.

Respecto del primer efecto, el voto acepta la consecuencia de invalidez del acto pero no acepta que se imponga la reinstalación. Entonces sólo queda el otro efecto, el del resarcimiento por el daño que ocasiona el acto ilícito y para eso recurre, como recordé, a una “solución que por analogía repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador” (Considerando 16). Si esto es así, no resulta aceptable añadir a la aplicación de la norma análoga a la que se ha recurrido, la que regula la reparación de daños por despido discriminatorio por maternidad o matrimonio en la LCT, otra indemnización por daños y perjuicios, regresando a la letra del art. 1

de la ley 23.592, porque esto significa una duplicación de obligación indemnizatoria que no resulta compatible con el razonamiento utilizado.

Es decir si la solución de la ley antidiscriminatoria debe lograrse mediante una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos, no es aceptable que se adopte una salida que implica la aplicación directa y supletoria a la vez. La directa es la imposición de una indemnización por daño moral y material (art. 1 cit.); la supletoria que se ha buscado y hallado correctamente, es la que prevé el art. 182 de la LCT que impone la indemnización del art. 245 y le añade para reparar los daños y perjuicios que no están abarcados por la pérdida del empleo, otra suma – también tarifada – equivalente a un año de remuneraciones. No es admisible que un sistema de reparación de daños y perjuicios se acumule, para reparar un mismo supuesto de daño que en el caso es el acto discriminatorio, una fórmula propia del derecho común y una del derecho especial. Porque si se tratara de dos daños diferentes, de causas distintas, esa acumulación resultaría aceptable, pero no si se trata del mismo daño, originado en el mismo acto ilícito que acompañó al despido, como ocurre con el que ha producido el acto discriminatorio.

Resumiendo, lo que se está aplicando, según el voto, es la ley 23.592 ya que no puede excluirse a la relación laboral de sus previsiones para no desconocer la generalidad de su alcance y finalidad. Pero lo que no se aplica por incompatible con otros derechos protegidos constitucionalmente, es el efecto pleno de la descalificación del acto ilícito. Se lo reemplaza con otro sistema que se elabora con base a dos aspectos: uno, la nulidad del acto discriminatorio (se lo deja sin efecto), pero se reemplaza la ejecución forzosa de la consecuencia de esa nulidad, que sería la reinstalación, con una reparación económica tal como lo instala la ley especial para otros casos de despidos de esa naturaleza. Si esa solución, elaborada con base en analogía porque se la toma de unos supuestos semejantes de actos discriminatorios (como son los despidos por maternidad y matrimonio), contempla una reparación de daño, no es aceptable que se regrese a la ley 23.592 y se tome de ella la solución adicional a la reinstalación (la reparación económica del daño) porque ya se cumplió esa operación remitiendo a la reparación que establece la norma análoga. Habría con la solución que propiciaba el voto, doble reparación por el mismo daño.

OTRA VEZ 4 SOBRE 7.

Completando la visión que la Corte Suprema de Justicia ha expresado sobre el tema de la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales, incluyendo la hipótesis de un despido que sea calificado como discriminatorio, el Alto Tribunal se ha pronunciado el 15 de noviembre de 2011 sobre la carga de la prueba en los casos en que se denuncie tal acto de discriminación (autos “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”), esta vez con sólo cuatro firmas, las mismas que suscribieron la mayoría del fallo “Alvarez” ya comentado en este espacio. Se debe suponer que la ausencia de los tres ministros que no suscribieron este fallo “Pellicori” se explica por su posición contraria a lo que se sostiene por la mayoría.

a) Un primer punto que debe tenerse en cuenta es que esta sentencia – igual que la del caso “Alvarez” – se dicta en un juicio caratulado como “amparo”. El dato no es menor cuando se trata de un tema como el que se encara en este fallo directamente vinculado con la cuestión probatoria. Señalo esto porque es tradicional el criterio jurisprudencial según el cual las acciones de amparo sólo proceden cuando la cuestión debatida no merece un análisis probatorio desarrollado en función de los temas abarcados en el conflicto. En otras palabras si la cuestión debatida merece un examen más puntual y prolijo deberá recurrirse a un juicio ordinario. Por eso pienso que tratándose nada menos que de establecer líneas o directivas en una materia que la propia Corte Suprema califica como federal y que por lo tanto, habilita el recurso extraordinario – por lo que su acatamiento por los tribunales inferiores, locales y nacionales, se impone tal como lo ha receptado respetuosamente la práctica judicial – no debía haberse abocado a un tratamiento tan desarrollado y extensamente fundado para llegar a conclusiones que luego se harán extensivas a los demás pleitos en torno a la temática de la discriminación (en el empleo y fuera de él dada la amplitud de la norma en juego que no pertenece al derecho especial sino al general, precisamente para evitar discriminaciones). En este sentido añado que el régimen del onus probandi al que luego me referiré, tal como está fijado en la ley procesal nacional (art. 377 del CPCCN – es suficientemente expresa, como para justificar que apartarse de esa regla y dar directivas sobre la adaptación de ese sistema a nuevas reglas basadas en la denominada “dinámica probatoria”, supone un debate suficientemente amplio de esos que amparen a “toda persona” contra actos que violen sus derechos fundamentales, entre los cuales – acaso puede negarse esto – se destaca el del debido proceso. Y esto, lo del debido proceso, estimo que no se cumple en una acción de amparo que por naturaleza supone celeridad y abreviación de plazos tal como los regulan las normas procesales aplicables. Por eso, insisto, fijar reglas de excepción a las que establece la norma procesal – no impugnada constitucionalmente – en un proceso abreviado como es el de amparo, resulta, a mi juicio, imprudente. Considero que si hay que brindar preferencia alguna a la valoración de cómo se cumple el mandato de que quien alega debe probar, y basta en ese sentido con que se brinde por la parte reclamante un haz de indicios, o la presentación de hechos “de los que se siga verosíblemente...la configuración del motivo debatido”, debe encararse la contraprueba a cargo del empleador

con semejante flexibilidad, esta vez en dirección a un margen suficiente de ofrecimiento y producción de prueba en contrario, lo cual dentro del marco limitado de un amparo no parece que sea realizable con la suficiente amplitud como hacer respetar aquel derecho fundamental – en este caso del empleador – a ser juzgado con las garantías constitucionales que lo amparan. Es indiscutible que el tema del onus probandi como excepción a la regla legal requiere un debate amplio que excluye las vías expeditivas y abreviadas, como la que se instrumentó en estos dos juicios que la Corte presenta como emblemáticos para su seguimiento. Los dos “Alvarez” y “Pellicori” son amparos y seguramente cuando se los acoge en esos procedimientos se ha pensado y valorado en la urgencia de la reparación, pero no se pudo tener en cuenta que ahora, de acuerdo con la regla de reparto de la prueba a partir del indicio verosímil, se restringe otro derecho fundamental: el que ya he mencionado a ser juzgado en un debido proceso.

Si bien es cierto que el fallo no asume la responsabilidad de juzgar si existió o no acto discriminatorio en el caso ya que lo único que ha considerado es cuál debía ser el régimen del onus probandi, y por eso en la decisión se aclara que “no abre juicio sobre el desenlace definitivo de la causa (art. 16, primera parte, de la ley 48)”, lo cierto es que dado que el debate se enmarca en un juicio de amparo, la posibilidad de descargar esa especie de presunción – ya me referiré a este tema – se encuentra restringida por las disposiciones procesales propias de esa acción especial que los códigos denominan “sumarísima”. [1]

b) La segunda cuestión que resulta de interés es la de la admisión procesal del recurso extraordinario. En el dictamen producido por la Procuración General de la Nación se señaló que el recurso de la parte actora se apoyaba en la arbitrariedad criticando el fallo de la Cámara por no haber considerado “probanzas regulares arrimadas a la causa y aún contra lo que se ha probado”. El dictamen descarta la procedencia del recurso recordando la jurisprudencia del Tribunal acerca de que las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla general y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48. Y en cuanto a la arbitrariedad, recuerda que es de aplicación restringida no apta para cubrir las “meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de dicha índole...” Con estas bases la Procuración entiende que en el caso el tratamiento de la prueba ha sido desarrollado dentro del marco de “la regla de la sana crítica.” Y como los argumentos de la sentencia son de nivel no federal, mas allá de su acierto o error, no resultan susceptibles de revisión constitucional. Es decir se trata de un caso típico de sentencia sobre cuestiones de hecho y prueba, insusceptible de revisión federal.

No obstante estos argumentos debidamente ajustados al caso, la Corte con una clara intención de desarrollar, como ha hecho en otros antecedentes, una directiva que se trata de encuadrar en reglas constitucionales y del ius cogens, resuelve la apertura del recurso alegando que “los agravios dirigidos a las pautas probatorias establecidas por el a quo para ser aplicada en los juicios civiles [2] que con arreglos a la ley 23.592, ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de la discriminación, remiten al estudio de cuestiones de índole federal (art. 14.1 ley 48).” Y por lo demás, a la Corte no se la puede limitar en su decisión con los argumentos de las partes o de la Cámara, “sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado” con mención del caso Schnaiderman, en Fallos 331:735-2008 y sus citas. [3] O sea que si la Corte lo entiende así, hay cuestión federal. Y así lo entendió en el caso.

c) Una segunda cuestión ya de orden central sobre el tema, consiste en apreciar la prudencia del fallo que estoy comentando, al haber instaurado, de manera hartamente insistente, cómo debe ser distribuida la carga probatoria en este tipo de conflictos. Para ello, observará el lector que la Corte, como ha ocurrido en numerosos pronunciamientos, no incluye entre sus apoyos normativos para fallar, disposiciones legales sino básicamente las que pertenecen al llamado bloque constitucional y al ius cogens, elementos de referencia ineludibles por su jerarquía normativa. Sin embargo estimo que son pertinentes algunas observaciones respecto a este método de encarar el encuadramiento constitucional del problema – no sólo de esta cuestión de la discriminación sino en otros variados temas de los que son ejemplo los fallos “Aquino” y “Vizzoti” entre otros – prescindiendo sin descalificación expresa de la ley vigente, de las reglas que reglamentan el ejercicio de los derechos y garantías que consagra la Constitución, según lo relativiza el art. 14 de la misma.

No me estoy refiriendo al alcance y extensión de la legítima interpretación judicial de la norma sino a su prescindencia para avanzar en el tratamiento del conflicto desde la óptica directa de las cláusulas constitucionales. [4] Porque de ese modo, se arriesga un valor central que es el de la seguridad jurídica. La ley es obligatoria también para los jueces quienes sólo pueden apartarse de ella cuando reputan que ha desbordado el cauce fijado por la Constitución. Distinto de aquella función interpretativa es superar la ley y aplicar el derecho como si sólo contáramos con las cláusulas constitucionales que son operativas, por supuesto, aún sin ley, pero que cuando han sido reglamentadas por el poder competente, debe respetarse por todos y la única forma constitucional de no aplicarla – también por los jueces, insisto – será su descalificación desde la norma superior. En esto consiste el control de constitucionalidad en la concepción clásica. [5]. Entre nosotros el control de constitucionalidad resulta de una exigencia proveniente de que la Constitución Nacional es suprema como lo ha dicho la Corte [6]. “Con arreglo al citado pilar de la división de poderes, esa atribución ha sido puesta en cabeza de uno de aquéllos: el Judicial. Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que

tiene y el deber en que se hallan los tribunales de justicia (de cualquier jerarquía y fuero) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándola con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarla, si las encuentran en oposición con ella. (Fallos 33:162 (del 14 de abril de 1888) y 149: 132 entre muchos otros). Atribución que a su vez no puede verse coartada, para los jueces de las provincias por disposición alguna sea legal o constitucional (Fallos 308:646) "...[7] "Resulta así, que el control de constitucionalidad que ejerce el Poder Judicial no supone de ningún modo la superioridad de éste sobre los restantes poderes. Sólo significa que "el poder del pueblo es superior" a todos ellos y que donde "la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia sobre las primeras".[8]

Esto es muy distinto a producir el reemplazo de la ley por la voluntad de los jueces que es en definitiva lo que se muestra en alguna jurisprudencia que más allá de interpretar la ley, la modifica, la completa, según criterios que pueden ser acertados para unos y no para otros, asumiendo funciones que desbordan la otorgada por la Constitución. Sin duda que la cuestión presenta perfiles de sutileza extrema pero que en oportunidades aparece plasmado de manera fuerte. Y aquí es oportuna la observación de Gialdino [9] que apunta "¿quién controla el control?", y agrega "lo que resultaría apropiado sugerir es que, si cuanto hemos dicho es cierto, los jueces han de extremar toda precaución y todo celo, tanto en la elaboración de las pautas, reglas, principios y doctrinas de interpretación de las normas que siguen sus decisiones, cuanto en el discurso que las manifiesta: las sentencias"[10] Y más abajo concluye este autor "Ni el legislativo "ni ningún departamento del gobierno"[11] puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas... De ahí que los altos fines de saneamiento social, incluso vinculadas al loable empeño de combatir los más abominables que pueda sufrir una colectividad, no autorizan al quebrantamiento de principios orgánicos del país, y menos si la transgresión emana de los poderes del Estado y cuando se arbitran en nombre del bien público, panaceas elaboradas al margen de las instituciones"[12]

En el presente caso es llamativo que el criterio de distribución de la carga probatoria que al fin se resume en el Considerando 11, se aparta directamente de una regla procesal tan clara como universal[13]. La del art. 377 del CPCCN que recoge el precepto tradicional de que el que alega un hecho debe probarlo y esto rige tanto para el demandante como para el demandado. Esta norma no se menciona, ni para interpretarla ni mucho menos para descalificarla cuando se tratare de conflictos en los que está en juego el respeto de un derecho fundamental como el de no ser discriminado. Si otras legislaciones como las que se cita adoptan técnicas distintas no parece que fuera aceptable la aplicación analógica de aquellas y si existen dictámenes de órganos de interpretación de normas internacionales obligatorias con rango supralegal, corresponde ineludiblemente, en aras de la seguridad jurídica, efectuar la confrontación con las disposiciones de nivel inferior para descalificarla apartándose de su mandato. Este procedimiento transparente es bueno para la seguridad jurídica a que me he referido.

Una reflexión especial merece el vocabulario utilizado en el fallo cuando debe indicar cuál será en definitiva la técnica de reparto de la carga probatoria. Por una parte se expresa que "resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo (se entiende el discriminatorio), con la acreditación de hechos que prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia". Esta regla ¿funciona dentro del esquema que regula el art. 163 del CPCCN para imponer como condición de validez de la sentencia un contenido que incluye en su inc. 5, "los fundamentos y la aplicación de la ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica."? O se aparta notoriamente de esa regla obligatoria? Porque la calidad de hecho prima facie evaluado, no es propia de una sentencia definitiva dictada en procesos de conocimiento de cualquier tipo que sea, sino en todo caso, es la técnica especial que se adopta como método para establecer medidas cautelares – no definitivas – cuando se dan ciertas circunstancias particulares que la ley enuncia. Así resulta de las disposiciones sobre la materia tanto del CPCCN (arts. 212 inc. 2 "resultare verosímil el derecho alegado; o el art.63 por el reconocimiento ficto que se opera en los casos de rebeldía); como de la ley procesal laboral 18.345 (arts.62 "siempre que el derecho del solicitante surja verosímilmente de los extremos probados"). Como se observa el legislador concibió la posibilidad de utilizar la sana crítica con flexibilidad para los supuestos de medidas que se deben adoptar con urgencia pero con provisoriedad hasta que en el juicio ordinario se determinen con la amplitud probatoria consiguiente la definitividad de los derechos. Hasta allí llega la simple verosimilitud, la apreciación prima facie, pero más allá para obtener una condena final habrá que debatir la cuestión en un "debido proceso".

El prima facie se acerca al "me parece" que lamentablemente aparece estampado en alguna sentencia de tribunal ordinario para condenar sin mayor averiguación, pero en un fallo de la Corte Suprema no es admisible utilizar la expresión para reducir el grado de convicción indispensable antes de anular un acto admitido por la ley como es el despido. La severidad en el juzgamiento de conductas discriminatorias no puede llevar a prescindir de reglas básicas que hacen a la protección de derechos que son tan respetables como el que se pretende cobijar con estos fallos. Dejar al criterio discrecional del magistrado la apreciación de un hecho o de unos hechos que fácilmente se pueden teñir de datos que puedan dar la "sensación" de existió conducta

discriminatoria, autorizarlo a que extraiga de su experiencia conclusiones sobre la verosimilitud de que se esté en presencia de esa conducta, no son pautas de prudencia en la elaboración de directivas como son las que produce la jurisprudencia de la Corte Federal.

Una reflexión sobre la utilización de presunciones a lo que se acerca el razonamiento utilizado por el Alto Tribunal. En efecto, como lo recordé más arriba, las presunciones hominis son recogidas como medio de fundamentación del fallo en el art. 163 inc. 5 del CPCCN, pero como se lee en ese párrafo del Código, para elaborar una presunción de esa clase, es decir de las que no están fijadas por la ley, se requieren condiciones: i) deben fundarse en hechos reales y probados; ii) estos hechos reales y probados deben ser numerosos, precisos, graves y concordantes, para producir la convicción, según las reglas de la sana crítica. Esto es muy distinto de la simple verosimilitud a la que alude el fallo.

Por último encontramos en el párrafo con el que culmina el Considerando 11 poca claridad sobre en enunciado de la regla con que el Tribunal aspira a dar por terminado el tema. Después de dejar a salvo que no pretende adoptar una posición “sobre los pormenores de los enunciados expuestos” tomados del derecho comparado y del derecho internacional, señala que esas referencias buscaron nada más que “mostrar un fuerte concierto y reacción internacional en torno a la materia examinada” pero la doctrina del Tribunal “no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto” ya que en caso de controversia – supuesto obvio del conflicto judicial – “pesa sobre aquélla (esto es la parte denunciante) la carga de acreditar los hechos de los que verosimilmente se siga la configuración del motivo debatido”.

Y agrega una reflexión que no resulta de claridad meridiana. Porque en la secuencia del razonamiento, supone que se ha producido prueba por quien alega el hecho discriminatorio e indica que esta prueba debe ser suficiente para conducir a la verosimilitud que producirá la convicción, pero esto no supone, dice la sentencia, “una inversión de la carga probatoria”. Cual sería la inversión de la carga, ¿haberle exigido al actor que produjera la prueba? Esto no sería invertirla sino simplemente aplicar el principio elemental de quien alega debe probar. Y luego añade que ese supuesto el demandado deberá probar el hecho que “justifique descartar el prima facie acreditado”. En definitiva tratando de esclarecer el concepto, resulta de esto que en el resumen que se estampa se morigera – no se modifica – la severidad del criterio que surge de los antecedentes detenidamente expuestos y se queda con aceptar la obligación de acreditar los hechos por quien los invoca sólo que marca, para la valoración de la prueba, un criterio que se conforme con la “verosimilitud”. Esto no es fácil de transmitir como pauta y queda pues al instaurar ese criterio propio de medidas no definitivas, extendiéndolo a decisiones definitivas, al criterio, por demás flexibilizado de los jueces. Esto no contribuye, como lo dije, a la seguridad jurídica que si bien descansa en la prudencia y razonabilidad de los poderes que dispone el juez, no consiente que se modifique de esta manera la ley y los principios tradicionales que la inspiran en materia de reglas del onus probandi.

Corresponde para ubicar correctamente el alcance del avance que realiza la Corte Suprema en torno a una cuestión que parecía estar incluida en aquellas que ha considerado ajenas a su jurisdicción federal, cómo procedió en supuestos análogos en los que también se hallaba en discusión el asunto de la distribución de la carga probatoria. Me refiero al caso “Daniel Segundo c/ Siemens S.A.”[14] donde, como una continuación del antecedente “Ratto, Sixto y otro c/ Productos Stani S.A.”[15], estableció que “la decisión del empleador de excluir a un dependiente de los aumentos otorgados a los restantes...es legítima si se funda en las “causas objetivas” a que alude el art. 81 de la LCT” y no lo es “cuando vulnera el principio de igualdad entre trabajadores que se encuentran en iguales condiciones laborales u oculta discriminaciones arbitrarias...”. Parece que la cuestión ha tomado nuevos perfiles a partir de la sanción de la ley 23.592 en cuya disposición se basan los fallos que ahora se comentan, pero no es a eso a lo que cabe referirse – ya que eso es cuestión de fondo reputada de nivel federal por el Tribunal – sino a la forma en que ha interpretado las normas fundamentales para adjudicar obligaciones procesales al empleador, cuyo incumplimiento trae aparejado el reconocimiento de la vulneración de la garantía.

Precisamente por eso es que cabe, al terminar esta crítica al pronunciamiento en “Pellicori”, destacar que no está en discusión aquí la aplicación del art. 1 de la ley 23.592 a la relación laboral subordinada – como tampoco lo estuvo en el antecedente “Alvarez” donde todos los integrantes del cuerpo coincidieron en su procedencia, diferenciándose sólo en las consecuencias sancionatorias del incumplimiento del deber de no discriminar – sino que de lo que se trata es de cómo regular el comportamiento procesal de las partes en conflicto, asignando a cada una de ellas una parte de la carga probatoria y en esto en lo que a nuestro criterio, la Corte Suprema ha avanzado más allá de lo que la prudencia indica en la aplicación de las normas constitucionales y su reglamentación legal que no debió marginarse.

[1] Como no conozco los detalles del juicio quedan en duda para mí al menos, cuáles normas procesales fueron aplicadas en el caso dado que la demandada es un órgano público no estatal (art. 17 de la ley 23.187 de creación del Colegio Público de Abogados sometido a los procedimientos de la ley 19.549) lo cual abre interrogantes sobre si se debió aplicar el art. 498 del CPCCN o la ley 16.986 (art. 1). En este último caso la cuestión de la restricción de plazos sería aún mayor.

[2] Expresión ésta que me permito destacar, un tanto enigmática por introducir una diferenciación entre los juicios civiles de otros juicios (?). Quizás la intención de esta mención es la de dar al fallo un alcance más amplio que el de la calidad del pleito laboral en que se dicta dando a esa expresión el alcance de lo que es materia de derecho privado (por oposición al derecho público).

[3] El antecedente al que se remite está contenido en un dictamen la Procuradora Fiscal, acogido por la sentencia de la Corte Suprema, y se refiere a la potestad de la Corte Suprema para establecer la inteligencia de las normas federales, cuestión desde todo punto de vista indiscutible. Como se puntualizará más abajo, el recurso versaba sobre un tema de hecho y prueba, tal como lo señaló el dictamen de la Procuradora Fiscal al que se ha hecho referencia antes.

[4] Al analizar el fallo “Rossi” sería la oportunidad de mostrar un ejemplo preciso acerca de esta inclinación de superar el texto legal para solucionar el caso, prefiriendo incursionar en aspectos constitucionales que no son indispensables para dictar la sentencia, lo que diferencia el voto mayoritario del de la Ministro Argibay que acude directamente a las normas legales para llegar a la misma conclusión favorable a la extensión de la protección legal de la actora como representante gremial.

[5] Véase desde ese punto de vista Jonathan Miller “Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia”, El Derecho tomo 120, p. 919.

[6] Fallos 308:490.

[7] Rolando Gialdino “El poder judicial y los jueces en la república representativa”, El Derecho tomo 147 p. 962. El control difuso esto es a cargo de todos los jueces – nacionales, federales y locales – ha tenido confirmación en el art. 43 de la Constitución Nacional.

[8] Ob. cit. con cita de Hamilton, “El federalista”, LXXVIII.

[9] Ob. cit. p. 965.

[10] Idem..

[11] El encomillado es del autor, el destacado es mío.

[12] Ob. cit. p. 970.

[13] Como lo señalé en el anterior comentario incluido en esta página, titulado “2, 4 a 3” en el fallo “Pellejero” dictado el mismo día que “Alvarez”, la Corte Suprema para demostrar que en definitiva la cuestión de justificar o no un despido es una cuestión de prueba, había adelantado el criterio que ahora aparece más desarrollado siempre con fundamento constitucional y marginando las normas legales procesales. Ese anticipo se centraba en la utilización de un giro para apoyar la decisión contraria a la calificación que había pretendido la parte actora. Me refiero a que para llegar a esta última conclusión desestimatoria, sostuvo el fallo que “se demostró que no se había configurado el supuesto”; la forma negativa de expresar el concepto – “la no configuración” – indica que se tomó en cuenta la prueba de que no hubo discriminación contra la afirmación hecha originalmente por la actora y que había bastado al tribunal a quo para acoger el reclamo.

[14] Fallos 308:1032.

[15] Fallos 265:542.