

Cuestiones probatorias del despido discriminatorio y la reforma procesal bonaerense

Por MAURINO REIDEL

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional en su artículo N°28 afirma que los principios, garantías y derechos que reconoce no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, es decir, no desvirtuarse o desnaturalizarse sus finalidades. Sin embargo, distintos acontecimientos de la historia argentina pueden dar cuenta de sanciones de leyes o dictados de decretos reglamentarios que omitieron este postulado. Detectar, analizar críticamente y advertir supuestos como éstos, resulta una de las tareas primordiales de los operadores del derecho.

En este sentido, el derecho laboral se encuentra atravesado por dos importantes transformaciones: por un lado la reforma en la normativa de fondo a través de la Ley N°27742, denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (promulgada el 08 de julio del 2024) y por otro, en el ámbito bonaerense, la operatividad de distintos capítulos de la Ley N° 15057 de procedimiento laboral a partir de la Resolución SC 1840/24 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (publicada el 03 de julio del 2024).

A modo preliminar, la reforma laboral de la Ley de Bases implicó la sanción de distintas modificaciones a la Leyes Nacionales 20.744 y 24.013, de neto corte regresivo y cuanto menos, peligrosas para los trabajadores, desconociendo la evolución doctrinaria y jurisprudencial de los últimos años. Vale destacar, por ejemplo, el haber desvirtuado la presunción del contrato de trabajo con la reciente redacción del artículo 23º de la primera de ellas, la inclusión del formato de trabajadores “colaboradores”, la derogación de las multas por registración, la ampliación del período de prueba, entre otras.

En este contexto, este artículo abordará la regulación del denominado despido discriminatorio a partir de incorporación del artículo 245 bis en la Ley de

Contrato de Trabajo y se abordará la reglamentación de los medios de prueba que aportan las tecnologías digitales y virtuales, especialmente en relación a su alcance en procesos este tipo de despidos en particular en el marco de la Ley de procedimiento laboral bonaerense.

Atento al poco tiempo transcurrido en lo que respecta a la entrada vigencia de la normativa de fondo y la adjetiva, es posible referirnos a una regulación en proceso de cambio, y por ende, un desafío en lo que respecta a nuevas herramientas, su interpretación y principalmente las posibilidades de protección que el nuevo ordenamiento debería brindar a los trabajadores.

II. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y SUS INTERPRETACIONES

Si bien la Ley 20.744 cuenta desde su promulgación con normativa referida a la prohibición de discriminación y de trato (artículos N° 17, N° 63, N° 72, N° 81 y N° 172), la cuestión referida al despido discriminatorio en particular encontró recepción y respuesta fundamentalmente a través del desarrollo de la evolución jurisprudencial, en particular en relación a la aplicación de la ley 25.592 (Ley Antidiscriminación).

Cabe mencionar que durante un breve período (1998-2004) estuvo vigente el art. 11 de la ley 25.013 que regulaba específicamente el despido discriminatorio (derogado por la ley 25.877)¹. Duarte afirma que ello consistía en ...una suerte de adicional del 30% para el caso de despido discriminatorio. Se consagra la “discriminación a la carta, es decir, se convalidaba cualquier forma de discriminación mientras se tuviese dinero para pagar dicho adicional, con lo cual el combate contra la discriminación quedaba reducido a pagar un precio determinado².

Como veremos, el artículo 245° bis mantiene su espíritu.

En relación a ello, ¿Cuándo un acto resulta discriminatorio? Coincidiendo con lo sostenido por Picón:

¹ SCJBA, "Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina. Amparo (229)", 22/12/2010.

² DUARTE, D., "Los daños derivados de discriminación laboral y la violencia laboral" en *ERREPAR*.

...se discrimina cuando el trato diferente hacia una persona o grupo de personas se sustenta en circunstancias o razones vinculadas con las características que se les atribuyen a los integrantes de un grupo particular (en el caso, el origen nacional). Reiteramos que en toda conducta discriminatoria se encuentra implícito un prejuicio segregacionista, ya sea consciente o inconsciente, que lleva a quien discrimina arbitrariamente a considerar al otro un ser inferior en relación con el grupo de pertenencia en el que se encuentra, y persiga como objetivo su exclusión³.

Atento la copiosa y variada colección de fallos que correspondería citar en relación a la materia objeto del presente artículo, el voto del Dr. Oscar Zas de la Sala V Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo" resulta, cuanto menos, ilustrativo;

En la medida que los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancia y, también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador⁴.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" introduce por primera vez en el derecho argentino una posibilidad de cambio en cuanto a la consideración del despido sin causa: no se admitió la causal de despido (en este caso por razones sindicales) y en consecuencia se planteó la nulidad de un despido por causa discriminatoria⁵. Para ello, afirmó la aplicación de la Ley 23.592 a las relaciones laborales privadas, la cual prevalece sobre la libertad contractual y de comercio del empleador, inaugurando una línea jurisprudencial

³ PICÓN, L., "Discriminación por nacionalidad. Una categoría sospechosa. El caso Pérez Ortega", en *ERREPAR*.

⁴ CNAT, Sala V, "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo", 21-12-2006.

⁵ DEL VALLE ANTACLI, G., "Extinción del contrato de trabajo", en Morresi, J. (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*. p. 361

que con el arribo de la Ley Bases encontraría resistencia (al menos en el texto de la norma). En este aspecto, en otro precedente, el Máximo Tribunal, manifestó:

...el segundo párrafo del artículo 1 de la ley 23.592 dispone que entre los actos discriminatorios "se considerarán particularmente" aquellos basados en una serie de motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología,, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. La norma enumera algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas pues, aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos, no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley. Así, todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado, impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio⁶...

Este criterio, también fue adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al sostener, a través del voto del Dr. Héctor Negri, que "*el derecho a la no discriminación es un derecho humano fundamental y, en particular, un derecho fundamental en el trabajo*"⁷. Asimismo, indicó que La Ley Antidiscriminación

...no ofrece ningún argumento razonable que permita afirmar que el dispositivo legal no es aplicable cuando el acto discriminatorio es un despido y el damnificado un trabajador dependiente. Esa interpretación (...) equivaldría, paradójicamente, a discriminar a los trabajadores afectados por un acto de esa naturaleza por el solo hecho de serlo y debería, en consecuencia, ser censurada por su inconstitucionalidad⁸.

⁶ CSJN, "Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido", 10/06/2021.

⁷ SCJBA, "Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina. Amparo (229)", 22/12/2010.

⁸ Ibid.

No obstante a estos precedentes (y aquellos que citaremos en relación a cuestiones específicas en materia probatoria) y la posterior construcción doctrinaria al respecto, el Poder Ejecutivo Nacional a través del artículo N° 82 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 (20/12/2023), incorporó a la Ley de Contrato de Trabajo el siguiente artículo:

ARTÍCULO 245 bis.- Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente.

La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos.

Al respecto, adherimos a la afirmación de Pusineri, en tanto ...desde el punto de vista de la redacción utilizada la disposición refiere 'al despido motivado por un acto discriminatorio', cuando en realidad el acto discriminatorio es justamente el despido que en el caso está motivado en una discriminación. En otras palabras, se trata de un despido como un acto de discriminación⁹.

⁹ PUSINERI, J. M. & PUSINERI, P. "Discriminación, despido discriminatorio y tarifa. Legalidades e ilegalidades en la Ley de Bases" en *ERREPAR*.

Sin embargo, a los pocos días de la publicación del Decreto, el 03 de enero de 2024 la Sala de Feria de Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó una medida cautelar suspendiendo la aplicabilidad del “Título IV TRABAJO” (incluyendo entonces el citado artículo)¹⁰, hasta tanto recaiga una sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo. Vale mencionar que las restantes modificaciones a leyes que se llevaron adelante a través de este Decreto, no corrieron la suerte de la normativa laboral y se encuentran plenamente vigentes lo cual, lejos de escandalizar a la opinión jurídica en su conjunto, pareciera que encontró recepción en esta coyuntura.

A pesar de ello, el Poder Ejecutivo Nacional remite al Congreso el proyecto de “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, el cual resultó aprobado y fue promulgado como Ley N° 27.742 el 08/07/2024. A través del mismo, en su artículo N° 95 insiste en la inclusión del instituto del despido discriminatorio en la Ley de Contrato de Trabajo, sólo modificando el primer párrafo del texto incorporado en el DNU, estableciendo que “*Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad*”.

Esta enunciación en el artículo resulta por demás restringida en relación a lo establecido por la Ley Antidiscriminación y la interpretación sostenida en los últimos años. ¿Qué sucederá en supuestos no previstos en el mencionado artículo, es decir, cuando se dispongan despidos a raíz de discriminaciones por motivaciones diferentes a las previstas, como por ejemplo la edad como factor de discriminación o la actividad gremial o política (que técnicamente no es lo mismo que la opinión)? La voluntad del legislador parece dirigida a desplazar por especialidad a la ley 23592, cuya aplicabilidad en materia laboral ha sido aceptada en forma pacífica¹¹.

¹⁰ CNAT, Sala de Feria, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/ Incidente”, 03/01/2024.

¹¹ PUSINERI, J. M. & PUSINERI, P. “Discriminación, despido discriminatorio y tarifa. Legalidades e ilegalidades en la Ley de Bases” en *ERREPAR*.

III. EL PESO DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS ESPALDAS DE LOS TRABAJADORES

Ahora bien, son las distintas aristas de la regulación del artículo 245 bis cuyas consecuencias resultan a las claras perjudiciales al trabajador y constituyen verdaderas negaciones de derechos: desde el hecho de estipular la extinción del vínculo laboral a todos sus efectos y por ende descartar la restitución del empleo, hasta pretender tarifar el acto discriminatorio en sí mismo con una indemnización agravada a determinar por los tribunales intervenientes y omitir en su redacción a la posibilidad de reclamo de daño moral, corresponde hacer hincapié en lo que refiere el segundo párrafo de la norma, por cuanto pone en cabeza del trabajador la carga de probar que su despido fue discriminatorio.

Palacio sostiene que las reglas sobre la carga de la prueba son ... aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe distribuirse, entre las partes, la actividad consistente en probar los hechos que son materia de litigio. Tales reglas, sin embargo, no imponen deber alguno a los litigantes. Quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, no es pasible de sanción alguna. Sólo ocurre que se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés¹².

Los actos discriminatorios en un espacio de subordinación o sometimiento al poder del otro¹³, como es la relación laboral, traen aparejada la dificultad probatoria para el dependiente, atento que el discriminador, perseguidor, acosador es, generalmente, una persona cuidadosa en su accionar dañino y se cuida muy bien de que sus actos no trasciendan¹⁴.

¿Cómo encarar la acción buscando la reparación del daño producido, cuando es obvio que tales actos discriminatorios o bien se llevan a cabo de

¹² PALACIO, L. E., “Manual de derecho procesal civil”, p. 399.

¹³ PICÓN, L., “Discriminación por nacionalidad. Una categoría sospechosa. El caso Pérez Ortega”, en *ERREPAR*.

¹⁴ FERREIRÓS, E., “Aspectos procesales de la discriminación laboral” en *ERREPAR*.

manera solapada y silenciosa, o se desarrollan sin testigos, ni evidencia alguna¹⁵. Por otra parte, el escenario en que se desarrollan estos hechos, aun en presencia de testigos, intimida a quienes puedan llegar a declarar la situación vivida, en razón de que ellos mismos temen ser las próximas víctimas¹⁶.

En relación este punto, afirmó el Dr. Héctor Guisado en su voto en “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”:

Es indudable que la prueba de un acto discriminatorio supone para quien lo invoca una dificultad especial, ya que normalmente el empleador que ha despedido a un trabajador con sustento real en una causal que -según el ordenamiento jurídico- constituye ilegítima discriminación, omite expresar esa razón en la correspondiente comunicación rescisoria (en general opta por mencionar otra causa o, como en el caso, por no invocar razón alguna) y, además, toma los recaudos necesarios para que el verdadero motivo del despido permanezca oculto¹⁷.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también indicó:

...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identifiable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar, ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor¹⁸...

Si bien el derecho tendría que constituir una herramienta para garantizar la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, a través de esta normativa lo único que permitiría es reforzar esta desigualdad estructural en beneficio del empleador que ejerce el acto discriminatorio. No sólo se está dañando en su dignidad con el acoso, la violencia o la discriminación, sino que también se está afectando el derecho a la acción¹⁹. En este sentido, Such afirma lo siguiente:

¹⁵ FERREIRÓS, E., “Aspectos procesales de la discriminación laboral” en *ERREPAR*.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ CNAT, Sala IV, “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”, 19/03/2010.

¹⁸ CSJN, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros. c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, 20/05/2014.

¹⁹ FERREIRÓS, E., “Aspectos procesales de la discriminación laboral” en *ERREPAR*.

La ausencia de acreditación de las afirmaciones de hecho frustra la viabilidad de la pretensión. Afirmados los hechos, el litigante respectivo asume en el proceso la tarea de demostrar su existencia; mas no tiene un deber u obligación de hacerlo, sino que pesa sobre él una carga, que se materializa en la práctica en la posibilidad de no realizarla, sin que de tal incumplimiento se derive responsabilidad, sino que operará una perspectiva desfavorable, que concluirá en una sentencia desestimatoria²⁰.

A tenor de lo expuesto, el artículo 245 bis implica un riesgo permanente de que los derechos de los trabajadores que deban enmarcar su pretensión en esta normativa se tornen ilusorios. No obstante a ello, es necesario desentrañar la doctrina que se fue consolidando no sólo respecto del despido discriminatorio, sino además, respecto a las denominadas “cargas probatorias”. Resulta necesario hacer hincapié en que el derecho material protectorio del trabajo se encuentra vinculado de manera inescindible con el derecho procesal laboral, por lo cual los tribunales no pueden permitir que en el marco del proceso, el formalismo, la inferioridad cultural y negocial del dependiente, la falta de acceso a la información a los registros y documentos, neutralicen los objetivos tuitivos del derecho de fondo²¹.

Partiendo desde las fuentes convencionales del derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la presencia de condiciones de desigualdad real (como lo es la desvinculación laboral con las características del despido discriminatorio)

...obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido

²⁰ SUCH, S., “Procedimiento judicial” en Morresi, J. (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*, p. 635.

²¹ DUARTE, D., “Los daños derivados de discriminación laboral y la violencia laboral” en *ERREPAR*.

proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas²².

Es decir, la ley debe introducir factores de compensación o que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal.

Siguiendo con este criterio, Peyrano afirma que ante “...situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse ésta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa...”²³.

Ahora, ¿como fundamentar la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas cuando la regulación del artículo 245 bis pone en cabeza exclusiva del trabajador todo el peso de la prueba? Este autor sostiene que, en la actualidad, “...prevalece el criterio de echar mano a una de las reglas de la sana crítica (pauta valoratoria general de la prueba producida): Aquella que establece que lo diferente en materia probatoria se debe valorar de modo distinto”²⁴.

En esta línea, vale destacar que la Ley N° 15057, entre las distintas modificaciones al régimen procedural, modifica las reglas de valoración de la prueba, estableciendo que el sistema de apreciación a partir del cual deberán resolver los jueces será el de la sana crítica (arts. 54.d y 57.5), receptando legislativamente el criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación oportunamente fijara en “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” donde indicó que, en los procesos en los que controvierte la existencia de un motivo discriminatorio,

...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

²² CIDHE, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.

²³ PEYRANO, J. W., “La carga de la prueba, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal”, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, p. 971.

²⁴ Ibid

razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica²⁵.

Este criterio, también resultó el adoptado por la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, por cuanto sostuvo:

...la definición de la incumbencia de la carga probatoria ha de ser tamizada con resguardos imprescindibles, y en ese marco adquiere fundamental importancia una visión desde el dinamismo que en definitiva importa adjudicar, a quien se encuentra en mejor situación, la necesidad de aportar, en beneficio de su interés, los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva²⁶.

Vale destacar que, siguiendo a Peyrano, esto no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, si no tan solo parcial; conservándose en cabeza de la otra la imposición de ciertos esfuerzos probatorios²⁷. Por ende, no supone una inversión de la carga probatoria²⁸. Así, en “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, la Corte indica que sólo en caso que el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia²⁹. Es decir, quien se considere afectado en razón de su raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc., deberá, en primer lugar:

...demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste; y queda en cabeza del empleador acreditar que, el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la

²⁵ CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/2011.

²⁶ SCJBA, “Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina. Amparo (229)”, 22/12/2010.

²⁷ PEYRANO, J. W., “La carga de la prueba, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal”, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, p. 972.

²⁸ CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/2011.

²⁹ CSJN, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros. c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, 20/05/2014.

alegación de un acto discriminatorio, si median indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada³⁰.

El Máximo Tribunal manifestó asimismo:

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 proscriptos³¹.

IV. LAS OPORTUNIDADES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA PROBATORIA

La Comisión de Expertos de la Organización Internación del Trabajo, en el informe “Igualdad en el empleo y la ocupación” (75° Reunión-1988), afirmó que con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes no sólo por temor a represalias, sino también porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios. Por ello, indica el informe, también será conveniente que la instancia

³⁰ CNAT, Sala II, “Cresta, Érica Viviana c/ Arcos Dorados S.A. s/ Daños y perjuicios”, 07/07/05.

³¹ CSJN, “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”, 04/09/2018.

que recibe la demanda pueda desempeñar una función activa en el desarrollo de un procedimiento³².

Y es en ese punto donde cabe destacar que la incorporación por parte de la Ley 15.057 de una regulación acerca de las nuevas tecnologías dentro de las medidas de prueba que puedan ofrecer las partes resultó una respuesta legislativa oportuna ante la demanda de los operadores del derecho de la Provincia de Buenos Aires. Al respecto, Such sostiene que este medio de prueba “*es un reflejo de cómo se relacionan hoy las personas e incluso las relaciones laborales, donde es factible que la comunicación entre los sujetos del contrato de trabajo quede registrada en un medio electrónico*”³³. De este modo, el registro de distintos hechos o actos que podrían ser llevados a juicio en el marco de un proceso por despido discriminatorio, constituirán un destacado elemento probatorio en el marco de lo que representa para el trabajador soportar la carga del peso de la prueba según el artículo 245 bis aunque, como veremos, ello no resulta exento de complejidades y dificultades propias.

Resulta habitual que a través del correo electrónico o por sistemas de mensajería instantánea (tales como *whatsapp* o *telegram*), se comuniquen desde el inicio de la relación laboral, pasando por la comunicación de enfermedades inculpable o accidente de trabajo, embarazo, matrimonio, solicitud de distintas licencias, circunstancias propias de la ejecución de tareas e incluyendo además, la notificación de despidos por estas vías. Y ello también implica nuevos criterios de apreciación acerca de los distintos elementos que forman parte de esta correspondencia, resultando un caso paradigmático la interpretación de los alcances de un *emoji* que constituyó objeto de debate en el marco de una desvinculación laboral en la provincia de Río Negro³⁴.

Existen otros medios tecnológicos que también podrían ser fuente de prueba en un proceso laboral, tales como las cámaras de seguridad y otros medios de control de acceso a las empresas o a los propios sistemas internos, al mismo tiempo que también podrían identificarse elementos probatorios pertinentes en los sitios web del empleador o a través de las redes sociales. Sin

³² OIT, “Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, en *Conferencia Internacional del Trabajo 75º Reunión 1988*, p. 261.

³³ SUCH, S., “Modificaciones al procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires” en *MICROJURIS*.

³⁴ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “FRIDEVI S.A.F.I.C c/ Payalef, Hugo Lauraro s/ exclusión de tutela sindical”, 05/09/2023.

dejar de mencionar además a las nuevas plataformas productivas, desde la paulatina evolución de los *Smart contracts* a aquellas empresas que utilizan rigurosos sistemas de monitoreo de la ejecución del trabajo, como el seguimiento por tecnologías como GPS o, en el caso de trabajos digitales, guardando capturas de pantalla de los trabajadores y trabajadoras en forma aleatoria, o registrando las teclas digitadas y la velocidad de tipeo, los sitios web a los que se acceden, entre otra³⁵.

El artículo 47 de la Ley 15057 menciona a los medios de prueba que aportan los medios digitales considerando como tales a los correos electrónicos, los mensajes de texto, los mensajes de voz, las páginas oficiales de red informática, videogramaciones, aclarando, al mismo tiempo, que se trata de una mera enunciación ejemplificativa. Ello resulta por demás acertado, atento a la velocidad de modificación y evolución de los medios tecnológicos, las nuevas modalidades de administración de información que surjan se encontrarán comprendidas en este artículo³⁶. Al respecto, sostiene Frescotti que “*la pretensión de determinar categorías ‘estancas’ en relación con la prueba tecnológica acarrearía un estrepitoso fracaso, dada la rápida obsolescencia de los avances tecnológicos*”³⁷.

Vale destacar que, independientemente de las herramientas empleadas, se trata de buscar suficiente evidencia para sostener un caso, lo que usualmente incluye: obtención de elementos eliminados (particiones, carpetas y archivos), actividades en sistemas operativos (archivos abiertos, apps ejecutadas, impresiones), actividad en internet (sitios visitados, actividades realizadas), intercambios de correos (clientes, servidores y web mail)³⁸. En tal sentido, la prueba tradicional y la prueba electrónica comparten una misma esencia (generar convicción), pero, al ser cimentadas en soportes muy diferentes, las derivaciones prácticas y jurídicas de cada una de ellas no son equivalentes, como así tampoco los resguardos y los riesgos que implican³⁹.

³⁵ ARCE, S. & VELESQUEN SÁENZ, G. “Las nuevas tecnologías y el empleo” en *ERREPAR*.

³⁶ MATTER, G., “Medios de prueba que aportan las nuevas tecnologías en el nuevo procedimiento laboral para la Provincia de Buenos Aires” en *RUBINZAL-CULZONI*.

³⁷ FRESCOTTI, P., “Los cuatro pasos para incorporar la prueba tecnológica al proceso laboral”. En *ERREPAR*.

³⁸ MOLINA QUIROGA, E., “La prueba en el daño informático” en Ghersi, C. (dir.), *La prueba del daño*, p. 203.

³⁹ BIELLI, G. & ORDOÑEZ, C., “El Juez y la prueba electrónica” en *LA LEY*.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cómo ofrecer al Juez la cantidad de indicios y pruebas necesarias a la hora de acreditar un despido discriminatorio en el marco del procedimiento laboral bonaerense? En primer lugar, el fenómeno probatorio no comienza en el proceso, sino que su génesis se encuentra fuera del mismo. Así, la información empírica que servirá de base a nuestras alegaciones respecto al derecho que reclamamos existe en forma previa a aquel y es allí donde debe comenzar el análisis del mundo digital y los rastros que quedaron en el mismo⁴⁰. Por otro lado, resulta necesario brindar algunas precisiones sobre las características particulares de este tipo de prueba:

La prueba digital es volátil, alterable o modificable y fácilmente duplicable. La volatilidad es una de las características más relevantes de la evidencia electrónica y debe interpretarse en términos de inestabilidad de la prueba. La evidencia digital tiene una capacidad amplia y fácil de transformarse y si no se toman los recaudos necesarios, puede eliminarse total e inmediatamente. La posibilidad de que eso suceda significarían que la prueba pierda valor probatorio o que desaparezca por complemento como evidencia de un hecho delictivo. Esa característica lleva ínsita otras dos características: la prueba digital también es fácilmente alterable y hasta eliminable, ya que puede modificarse o borrarse con una sola operación y solo se puede recuperar a través de herramientas forenses adecuadas y el conocimiento especial⁴¹.

Atento a ello, la prueba electrónica es una fuente de prueba lábil, susceptible de esfumarse antes de ser aportada al proceso, y esto suele exigir el abordaje de mecanismos asegurativos de la evidencia⁴². Además de estas características, las dificultades para el trabajador en cuanto a este tipo de prueba, se ven agravadas en el supuesto en que los medios que permitirían acreditar el acto discriminatorio, se encuentren en manos del empleador. Lo cual, en atención a los medios aludidos en los párrafos precedentes, en la mayoría de

⁴⁰ FRESCOTTI, P., “Los cuatro pasos para incorporar la prueba tecnológica al proceso laboral”. En *ERREPAR*.

⁴¹ DELLE DONE, C., “La extracción de la prueba electrónica de teléfonos celulares y la garantía de defensa en juicio”, en *LA LEY*.

⁴² Cámara de apelaciones en lo civil, comercial y laboral (Gualeguaychú, Entre Ríos), “Salina, Ariel Federico c/Damer, Gualterio Andrés s/ ordinario rescisión de contrato”, 22/05/2023.

los casos intervienen herramientas tecnológicas aportadas por éste último que se encuentran bajo su control aún luego de haber despedido al dependiente (teléfonos inteligentes, computadoras, casillas de correos electrónicos empresariales, etc.).

Sobre este punto, y en lo que respecta a la Ley 15.057, existiendo la posibilidad real de que el empleador borre, altere o modifique los datos contenidos en los mismos, y debido ante las eventuales dificultades de ejercer un efectivo contralor acerca de su contenido, el proceso laboral bonaerense estableció una "presunción iuris tantum" en contra del empleador (Art. 48): en caso que los elementos informáticos y/o tecnológicos se encontraran en su poder y a exhibición cuando se encontraran en su poder los elementos informáticos y/o tecnológicos y al momento de solicitarse su exhibición juicio éste no los exhibiere o intencionalmente no los hubiere reservado, mediando previamente el juramento del trabajador o sus derechohabientes acerca del contenido de los mismos. Matter afirma que la Comisión Redactora buscó "*dotar de un real valor probatorio a la información contenida en los medios digitales y virtuales así como evitar la reticencia de su exhibición o directamente la alteración de su contenido o su preservación*"⁴³.

Ante esta presunción, un empleador que además de tener bajo su poder los medios tecnológicos pertinentes pretenda alegar la distribución de las cargas probatorias en función del artículo 245 bis, no encontraría asidero al momento de presentarse ante los tribunales de esta provincia. No debiera encontrarlo.

Por otro lado, y frente al mismo supuesto fáctico referido al control o tenencia de estos medios, la ley 15.057, con acierto⁴⁴, consagró la posibilidad para el trabajador de disponer la prueba anticipada cuando sea necesaria para no frustrar su incorporación al proceso (artículo 47 inciso a). Este instituto, que no resulta exclusivo del ámbito digital, se erige como un

...modo excepcional de producir prueba cuya función es la de procurar que las partes puedan obtener la conservación de esta en casos en que si se espera el momento de su producción legal se

⁴³ MATTER, G., "Medios de prueba que aportan las nuevas tecnologías en el nuevo procedimiento laboral para la Provincia de Buenos Aires" en *RUBINZAL-CULZONI*.

⁴⁴ QUADRI, G., "La prueba electrónica en la reforma al proceso laboral bonaerense", en *LLBA*.

corre el riesgo de pérdida por el transcurso del tiempo o alteración artificiosa de la situación de hecho o de las cosas⁴⁵.

Es decir que, atento a lo manifestado en relación a la fragilidad de la prueba electrónica o a encontrarse la misma en manos del empleador a demandar, determinados contenidos probatorios pueden desaparecer o dificultar su acceso, alterarse o manipularse, lo que podría incluir modificaciones de un documento, cambio de datos, de orden de textos hasta suplantaciones de identidad perfiles falsos, etc.

La producción de prueba anticipada constituye de este modo, una herramienta válida para mitigar el riesgo que implica la perdida de elementos probatorios de difícil acceso y conservación para el trabajador y, por ende, la vulneración de derechos. Quadri sostiene en esta línea que a raíz de

...la volatilidad de la información, muchas veces no puede aguardarse al período de prueba para producirla, por el riesgo tanto de que se suprima voluntariamente (más aún si se encuentra en poder o a disposición de alguna de la contraparte) o por la dinámica misma de la prueba de la que se trate (por ejemplo, grabaciones con cámaras de seguridad)"⁴⁶.

En cuanto a su regulación, el artículo 47 inciso a) sostiene que el juez podrá disponer esta producción de prueba "a los efectos de no frustrar su incorporación al proceso". La prueba sobre medios virtuales o digitales en sí misma y por su propia naturaleza es vulnerable, es decir, de un momento a otro el contenido digital puede fugarse o desaparecer, y que, por consiguiente, en el instante de llevar a cabo la diligencia puedan no encontrarse y entonces resultar ficticio su acceso ⁴⁷.

Hasta el momento, los tribunales se encuentran renuentes a una solicitud de este tipo, quizás atravesados por una perspectiva rigurosa o tradicional y estableciendo criterios en los que se afirma que este tipo de medidas reviste un

⁴⁵ QUADRI, G., "Prueba electrónica: medios en particular", en Camps, Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal electrónico*, p. 629.

⁴⁶ QUADRI, G., "Práctica de la prueba anticipada (en 20 puntos)" en *ERREPAR*.

⁴⁷ Juzgado Laboral de Primera Instancia N°1 (Posadas, Misiones), "Cascone Marcelo Osvaldo c/ S & L Equipamientos S.A. s/acciones laborales de trámite ordinario", 02/05/2022.

carácter excepcional y que su apreciación debe efectuarse con carácter restrictivo⁴⁸.

No obstante, a través de la nueva regulación en el procedimiento bonaerense cabe citar el criterio esbozado por Quadri en cuanto que “*la funcionalidad de la prueba anticipada en contextos electrónicos es plena y debería abrírsela de manera generosa, salvo – claro está – en aquellos supuestos en los que podamos afirmar, casi con certeza, que no existe ningún riesgo de pérdida o adulteración*”⁴⁹. El texto de la Ley N° 15.057 nada exige a los tribunales en lo que respecta a su otorgamiento e incluso, de la lectura del Código Civil y Comercial Procesal bonaerense (en tanto norma de aplicación supletoria), el artículo 326° del mismo refiere sólo a motivos justificados para temer que la producción de la prueba pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período procesal correspondiente.

Asimismo, la producción de prueba electrónica anticipada en el marco de una causa por despido discriminatorio debería encontrar mayor flexibilidad por parte de los magistrados además por la expresa indicación del inciso b) del artículo 47 de la Ley 15.057 que da cuenta que sólo se podrán disponer el secuestro de los elementos de *hardware* excepcionalmente y mediante petición debidamente fundada, precisando asimismo que procederá sólo en el supuesto que el perito designado no pueda generar una copia de la información a peritar o el cotejo judicial sobre las páginas oficiales de red informática acompañadas en copia simple e individualizadas sus direcciones. Sin dudas, los alcances el otorgamiento de este tipo de medidas demandan la satisfacción de mayores exigencias en relación al instituto descripto en el párrafo precedente, por lo que podría establecerse incluso un orden de prelación entre ambos en razón de los requerimientos establecidos ley y sus alcances.

V. CONCLUSIÓN

La regulación del artículo titulado “Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio” en la Ley N° 27.742 constituye un

⁴⁸ FERNANDEZ MADRID, D., “Diligencias preliminares y de prueba anticipada” en *ERREPAR*.

⁴⁹ QUADRI, G., “Práctica de la prueba anticipada (en 20 puntos)”, en *ERREPAR*.

perjuicio para los trabajadores y legaliza la discriminación: no sólo permite ponerle precio a su dignidad y le prohíbe seguir trabajando, sino que además lo obliga a probar circunstancias que muy difícilmente se exterioricen. El trabajador que es despedido tiene que cargar con el peso de la prueba de acreditar que la motivación que tuvo su empleador a tal fin, resultó un acto discriminatorio.

La doctrina podría enumerar una nómina de principios del derecho laboral que se hayan violentados con el texto incorporado a la ley N° 20.744, ya que lejos de compensarse la diferente capacidad negocial entre las partes de la relación, se inclina la balanza en perjuicio de los dependientes, lo que resulta una verdadera negación de la desigualdad estructural de la relación laboral.

Por su parte, la Ley 15.057 les brinda a los operadores del derecho de la provincia de Buenos Aires la posibilidad de diseñar estrategias para abordar estos excesos y contradicciones en la normativa de fondo. Ante la aludida dificultad probatoria en materia de discriminación laboral, y particularmente en relación a la prueba a través medios virtuales y digitales (prueba volátil, débil, fácilmente alterable), encontramos valiosas herramientas que en principio permitirían avanzar en este sentido desde el punto de vista procesal: la "*presunción iuris tantum*" en contra del empleador que se niegue a exhibir los elementos informáticos y/o tecnológicos en su poder, la regulación de la producción de la prueba anticipada ante estos supuestos, así como también la facultad excepcional de los jueces de disponer el secuestro de *hardware*, así como también la consagración expresa en la ley adjetiva del sistema de la sana crítica en lo que respecta a la valoración de la prueba.

El fuero laboral bonaerense en el transcurso del 2025 comenzará a abordar aspectos tales como los desarrollados de manera sucinta en este artículo y, en este sentido, los restantes ordenamientos provinciales podrán evaluar el desarrollo de esta temática, adoptar los institutos que resulten pertinentes y, en su caso, ofrecer las alternativas que estiman superadoras y que respondan a las particularidades de cada jurisdicción.

Bibliografía

- ARCE, Sergio & VELESQUEN SÁENZ, Gustavo E. "Las nuevas tecnologías y el empleo", en *ERREPAR*. 03/07/2023. Cita Digital: EOLDC108083A.
- BIELLI, Gastón & ORDOÑEZ, Carlos, "El Juez y la prueba electrónica", en *LA LEY*, 19/12/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/3942/2019.
- Cámara de apelaciones en lo civil, comercial y laboral (Gualeguaychú, Entre Ríos), "Salina, Ariel Federico c/Damer, Gualterio Andrés s/ ordinario rescisión de contrato", 22/05/2023.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, "Cresta, Érica Viviana c/ Arcos Dorados S.A. s/ Daños y perjuicios", 07/07/05.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo", 21-12-2006.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, "Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo", 19/03/2010.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de Feria, "Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/ Incidente", 03/01/2024.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999, URL: <https://www.refworld.org/es/jur/jur/crm/1999/es/129932>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros. c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical", 04/09/2018.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido", 10/06/2021.
- DEL VALLE ANTACLI, Graciela, "Extinción del contrato de trabajo", en Morresi, J. (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*, EDIUNS, 1º edición, 2015, Bahía Blanca.

- DELLE DONE, Carla Paola, “La extracción de la prueba electrónica de teléfonos celulares y la garantía de defensa en juicio”, en *LA LEY*, 12/02/2020, 8. Cita Online: AR/DOC/89/2020
- DUARTE, David, “Los daños derivados de discriminación laboral y la violencia laboral”, en *ERREPAR*. 01/01/2015. Cita Digital: EOLDC091364A.
- FERNANDEZ MADRID, Diego, “Diligencias preliminares y de prueba anticipada”, en *ERREPAR*. 11/07/2008. Cita Digital: EOLDC098135A.
- FERREIRÓS, Estela, “Aspectos procesales de la discriminación laboral”, en *ERREPAR*, 01/02/2009. Cita Digital: EOLDC072178A.
- FRESCOTTI, Paula. “Los cuatro pasos para incorporar la prueba tecnológica al proceso laboral” en *ERREPAR*. 27/03/2017. Cita Digital: IUSDC285139A
- Juzgado Laboral de Primera Instancia N°1 (Posadas, Misiones), “Cascone Marcelo Osvaldo c/ S & L Equipamientos S.A. s/acciones laborales de trámite ordinario”, 02/05/2022.
- MATTER, Graciela, “Medios de prueba que aportan las nuevas tecnologías en el nuevo procedimiento laboral para la Provincia de Buenos Aires”, en RUBINZAL-CULZONI. Cita RC D 6 /2019.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, “La prueba en el daño informático” en Ghersi, C. (dir.), *La prueba del daño*, Nova Tesis Editorial Jurídica, 1 edición, 2009, Rosario.
- Organización Internacional del Trabajo, “Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, en *Conferencia Internacional del Trabajo 75° Reunión 1988*, URL: [https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1988-4B\).pdf](https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1988-4B).pdf)
- PALACIO, Lino Enrique, “Manual de derecho procesal civil”, Abeledo Perrot, 17° Edición, 2003, Buenos Aires.
- PEYRANO, Jorge, “La carga de la prueba, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal”, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, Universidad Libre. Bogotá, 2013, URL: <https://letrujil.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>
- PICÓN, Liliana, “Discriminación por nacionalidad. Una categoría sospechosa. El caso Pérez Ortega”, en *ERREPAR*, 01/02/2014. Cita Digital: IUSDC283502A

PUSINERI, Juan Manuel & PUSINERI, Pedro, "Discriminación, despido discriminatorio y tarifa. Legalidades e ilegalidades en la Ley de Bases", en *ERREPAR*, 09/10/2024. Cita Digital: IUSDC3290366A.

QUADRI, Gabriel, "La prueba electrónica en la reforma al proceso laboral bonaerense", en *LLBA*, 2018 (diciembre), 1, Cita Online: AR/DOC/2666/2018.

QUADRI, Gabriel, "Prueba electrónica: medios en particular", en Camps, Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal electrónico*, Abeledo Perrot, t II, 2015, Buenos Aires.

QUADRI, Gabriel, "Práctica de la prueba anticipada (en 20 puntos)", en *ERREPAR*, 15/06/2022. Cita Digital: IUSDC3289050A

SUCH, Sebastián, "Procedimiento judicial" en Morresi, J. (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*, EDIUNS, 1° edición, 2015, Bahía Blanca.

SUCH, Sebastián, "Modificaciones al procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires", en *MICROJURIS*, 08/02/2019. Cita: MJ – DOC – 13821- AR | MJD13821

Suprema Corte de Justicia Bonaerense, "Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina. Amparo (229)", 22/12/2010.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, "FRIDEVI S.A.F.I.C c/ Payalef, Hugo Lauraro s/ exclusión de tutela sindical", 05/09/2023.