

Despido Discriminatorio Medidas Cautelares Municipios Empleado De Planta Temporaria Portador De Hiv Reinstalacion

JURISPRUDENCIA

Despido discriminatorio. Medidas cautelares. Municipios. Empleado de planta temporaria. Portador de HIV. Reinstalación

Se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca el pronunciamiento impugnado, en cuanto se había dejado sin efecto la reinstalación cautelar de la actora como personal temporario, al concluirse que se había soslayado evaluar el pedimento cautelar a la luz de la delicada situación de la accionante (portadora de HIV), de sus sucesivas designaciones como personal temporario en la Municipalidad de La Plata y de la naturaleza alimentaria del salario. Es que el punto de partida en materia discriminatoria es la reducción del grado de convicción. Y todavía esa reducción se acentúa al desplazarse en territorio puramente provisorio como es el precautorio.

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

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

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

La denegatoria motivó la interposición de la queja prevista en el art. 292 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 275/295 vta.). Mediante resolución de fecha 2-III-2017 este Tribunal declaró mal denegado el remedio extraordinario, concediéndolo y llamando autos para resolver (v. fs. 312/314).

Encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, corresponde plantear y votar la siguiente

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

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

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

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

En su recurso de inaplicabilidad de ley (v. fs. 198/212 vta.), la parte actora destaca que, con anterioridad a la revocatoria de la medida cautelar, se presentó en el expediente denunciando como hecho nuevo el diagnóstico de ser portadora de Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV), circunstancia que, según alega, no fue ponderada por la Cámara. Afirma, en síntesis, que la decisión impugnada no constituye una derivación razonada del derecho vigente; que los jueces omitieron deliberadamente considerar los términos de la ley 14.783, que desvirtuaron el instituto cautelar al requerir mayor debate y prueba y que la decisión es injusta e insensible por desentenderse de la particular situación relacionada con su estado de salud, así como de las graves consecuencias que derivarían de su dictado.

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

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

II. El recurso en tratamiento debe prosperar. Si bien el esclarecimiento de la legitimidad de los actos administrativos enjuiciados es una tarea propia de la sentencia definitiva, advierto que se encuentran configurados en la especie los requisitos exigidos en esta etapa procesal para el despacho favorable de la medida cautelar peticionada.

III. En reiteradas oportunidades este Tribunal ha expresado que la finalidad del instituto cautelar no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, motivo por el cual la procedencia de toda medida precautoria no exige de los jueces un examen de certeza sobre el derecho pretendido, sino verificar la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro de

que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible (conf. art. 230 CPCC y doctr. causas I. 1.947, "Bruno de Monterrubianesi", resol. de 5-X-2005; I. 68.807, "Madueño", resol. de 10-X-2007; e.o.). En cuanto al recaudo del peligro en la demora, definido como "...el peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto al llegar cuando el daño sea irremediable" (conf. Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales Comentados y Anotados", Ed. Platense, 1971, t. III, p. 60), se ha dicho que el mismo debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que pueden ser apreciados incluso por terceros (Fallos: 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695, 2278; 323:337, 1849; 326:1999, 3658). IV. Tales premisas han sido soslayadas por el a quo quien omitió evaluar el pedimento cautelar a la luz de la delicada situación de la accionante, de sus sucesivas designaciones como personal temporario en la Municipalidad de La Plata y la naturaleza alimentaria del salario y desplazó, de ese modo, las normas denunciadas en el escrito en análisis. A ello cabe agregar lo decidido por esta Suprema Corte en la resolución de fs. 312/314, en orden a que la sentencia de la Cámara actuante resulta equiparable a definitiva, en cuanto podría incidir también en el derecho a la salud de la peticionaria al privarla de la cobertura de la obra social. Asimismo, y dado el tiempo que previsiblemente insumiría arribar al pronunciamiento definitivo, cabía presumir que la privación de aquel ingreso podría ocasionarle a la recurrente un gravamen de muy difícil reparación ulterior. Por último, no se observa que la concesión de la medida, en los términos solicitados, pudiera causar algún perjuicio al interés público (conf. art. 22, inc. "c", ley 12.008, texto según ley 13.101). V. Las razones expuestas resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y revocar, en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, CPCC). Voto, así, por la afirmativa. A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo: Adhiero al voto del doctor Negri, formulando de mi lado consideraciones complementarias. I. Suficiencia del recurso. Encuentro debidamente controvertidos los soportes fundamentales de la sentencia de Cámara. Ello así en tanto en el recurso se hace mérito de una concreta situación presuntamente discriminatoria, con estricta apoyatura en la legislación nacional y provincial pertinente con más la remisión al ámbito constitucional y supranacional aplicables. II. La acreditación de los presupuestos de toda medida cautelar. Tanto en el recurso como en el pronunciamiento inicial se alude a una suerte de balance a efectuarse en la apreciación de los extremos requeridos para el otorgamiento de medidas cautelares, que operaría en términos de exigir un mayor o menor rigor en la valoración de uno de ellos según la envergadura o nitidez que presente el otro. En otras palabras, pareciera esbozarse un esquema a tenor del cual, por ejemplo, a mayor intensidad que exhibiese el requisito verosimilitud del derecho menor exigencia debería ponerse en la estimación del peligro en la demora. No comparto esta ecuación. La interinidad del juzgamiento en el terreno cautelar no es equivalente a la superficialidad en su tratamiento. No hay una relación de dependencia, influencia, subordinación o supeditación de un recaudo sobre el otro. Todos deben ser justificados. De otra manera se los hace funcionar indebidamente como vasos comunicantes, sin que la ley así lo autorice y sin que tampoco la naturaleza misma del fenómeno precautorio otorgue sustento a esa interpretación. Antes bien, el interesado en el aseguramiento no se encuentra relevado de comprobar la bondad de su derecho y el riesgo que emana de las circunstancias, debiendo arrimar los elementos idóneos para producir la convicción en el ánimo del Tribunal acerca de la apariencia y probabilidad de cada uno de ellos. Hay verosimilitud o no la hay. Y hay temor de daño o este último no existe. De donde mal podría trazarse una diagonal que soslaye la justificación independiente de cada uno. Sería tanto como otorgarles ultraactividad para expandirse sobre el territorio de otros cuando conceptualmente refieren a elementos diversos. Claro está, sin perjuicio de que, en determinados casos, la ley prescinde de la acreditación de alguno de los factores, lo que es cosa distinta. III. La preceptiva dentro de la cual propongo la solución del caso. III.1. El soporte de mi posición radica en los arts. 14 bis, 16 y 75 (incs. 19 y 23) de la Constitución nacional, en tanto consagran los principios de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación (principios de ius cogens para el derecho internacional) y, desde luego, los otros mandatos que -con forma de declaración- emergen del Preámbulo de la Carta Magna. Inmediatamente, las leyes 23.551 y 23.592, en un mismo renglón que los arts. 17, 81, 172 y 187 de la ley 20.744. Luego, ya entre las normas que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, Const. nac.): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2 y 3) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Por fin, en una asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación -fundamentalmente a partir de los casos "Sisnero" (Fallos: 337:611; sent. de 20-V-2014), "Pellicori" (Fallos: 334:1387; sent. de 15-XI-2011) y "Álvarez" (Fallos: 333:2306; sent. de 7-XII-2010)-, que ha tenido su réplica en nuestro Tribunal en precedentes tales como las causas L. 97.804, "Villalba", sent. de 22-XII-2010; L. 104.378, "Sffaeir", sent. de 8-VIII-2012; L. 113.329, "Auzoategui", sent. de 20-VIII-2014; y L. 117.804, "Humaño", sent. de 25-III-2015; etc. De todo ese plexo de reglas y pronunciamientos puede derivarse que se halla proscripta en nuestro ordenamiento jurídico toda forma de discriminación (sea fundada en el sexo,

nacionalidad, religión, raza, ideología, opinión política, actividad gremial, caracteres físicos, etc.) y que, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados (art. 1, ley 23.592), sin importar que tal acción discriminatoria provenga de un particular o de un órgano del estado (doctrina del *Drittwirkung*). También ha quedado asentado que no existe óbice alguno para la aplicación de tales disposiciones a las relaciones laborales. No hay motivos tampoco para no extenderla a la relación de empleo público y a toda clase de supuestos de desigualdad y discriminación. En definitiva, un amplio panorama donde los criterios que exponemos reciben puntual aplicación en función de los derechos preferentes que están en juego. Por fin, me parece absolutamente necesario, para lograr un pronunciamiento razonablemente fundado, tener en cuenta que al tratarse de derechos y libertades humanas fundamentales, en palabras de la Corte Suprema en la causa "Pellicori", ya citada, "...el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso" (Fallos: 334:1387; considerando 5°).

III.2. No merece menos atención la consideración de algunas otras cuestiones que influyen en la decisión desde la esfera de lo procesal, pero que remontan su razón de ser a la naturaleza misma de los actos de discriminación, al enmascaramiento con que son llevados a cabo y la dificultad de producir a su respecto una prueba directa. Tanto en "Pellicori", como luego en "Sisnero", la Corte federal ha declarado que "...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor" (Fallos: 337:611, considerando 5°). Para ello es que el citado Tribunal elaboró un estándar probatorio aplicable a estas situaciones, según el cual "...para la parte que invoca el acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, al que se reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (Fallos: 337:611, también considerando 5°). Esta Suprema Corte se pronunció al respecto (aún con anterioridad a los precedentes antes citados), a través del voto de la doctora Kogan en la causa L. 97.804 "Villalba", sentencia de 22-XII-2010, al que presté mi adhesión. Se dijo allí, ante la controversia generada por una denuncia de un despido discriminatorio, que la definición de la incumbencia de la carga probatoria ha de ser tamizada con resguardos imprescindibles y en ese marco adquiere fundamental importancia una visión desde el dinamismo que, en definitiva, importa adjudicar a quien se encuentra en mejor situación la necesidad de aportar, en beneficio de su interés, los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva. En otra oportunidad, quien fuera nuestro distinguido colega, el doctor Hitters, tuvo oportunidad de seguir la doctrina de "Pellicori" al anotar que el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos se proyecta decididamente sobre la ley nacional 23.592 en cuanto al régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio, en dos direcciones: (i) al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto; (ii) al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mencionado acto. Todo ello -según la Corte Suprema- parte de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el móvil discriminatorio, máxime cuando la temática involucra los principios de igualdad y no discriminación, elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional que han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens* (ver su voto minoritario en la causa L. 117.127, "Couruoniotis", sent. de 16-VII-2014; e igualmente las causas L. 113.329, L. 104.378 y L. 117.804, *cits.*).

III.3. Por fin, quiero adentrarme -porque considero que, con las adaptaciones del caso, resultan de suma utilidad para la resolución del juicio- en los conceptos de "categoría sospechosa" y "escrutinio estricto". Ambos provienen del derecho estadounidense, pero no solo han tomado carta de ciudadanía entre nosotros sino que se han desarrollado y fortalecido a la luz de los numerosos tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos que, vía art. 75 de la Constitución nacional, integran y tienen operatividad inmediata en nuestro ordenamiento jurídico. El término "categoría sospechosa" designa a un conjunto tal que incluye (necesaria pero no suficientemente) a cualquier norma -o a una determinada actitud o conducta- que afecte, altere o menoscabe el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona o de un grupo de ellas, en función de alguno de los motivos enunciados en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (sin que esto deba considerarse una enumeración cerrada). Que cierto precepto o algún comportamiento sean considerados 'sospechosos' (de infringir derechos fundamentales) implica que el análisis de su validez constitucional debe someterse a un

escrutinio estricto. Ello quiere decir que, ante preceptos que pudieran desvirtuar la naturaleza de libertades esenciales (o reducir su número, o dificultar su ejercicio), se exige una actividad adicional de parte de los encargados de verificar su operatividad (fundamentalmente, los jueces) consistente en someter a tales preceptos a un más duro test de consistencia material de su contenido con las disposiciones angulares de la Constitución y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En otras palabras: el estándar de validez se agrava, y las reglas que provocan recelo o suspicacia deben ser más escrupulosamente sopesadas si se pretende usarlas para resolver un caso. Como anticipé, todo esto (que en los párrafos anteriores he referido casi siempre a normas generales) también puede ser aplicado -mutatis mutandi- a las actividades o conductas de particulares o del propio Estado que puedan considerarse amenazantes para la integridad de las libertades expresamente establecidas en la Constitución (es decir, a las que resultan ser sospechosas de ilegalidad o inconstitucionalidad). Tales actividades deberán ser sometidas a un riguroso análisis hasta que se demuestre la existencia de fuertes razones en sentido contrario que justifiquen el hecho de haberlas llevado a cabo (el escrutinio estricto).

IV. El grado de conocimiento necesario para resolver el caso. IV.1. En "Pellicori", la Corte realizó un extenso y profundo examen de las múltiples y concordantes disposiciones normativas obrantes en los Tratados que prohíben la discriminación, en las interpretaciones expresadas por diversos órganos internacionales, así como en el ámbito del derecho comparado, y teniendo en cuenta los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las víctimas del ominoso flagelo de la discriminación, desarrolló las especificidades a las que deben ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio. Explicó que el ordenamiento normativo internacional se proyecta decididamente sobre la ley nacional 23.592, en dos direcciones desde lo probatorio: i) al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho actor; ii) al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mencionado acto. En este último sentido, expresó que en este tipo de procesos resultará suficiente, para la parte que afirma haber sido víctima de un acto discriminatorio, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual, corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. IV.2. Si ello es así para la solución de mérito de la causa, para el dictado del pronunciamiento final, con mayor razón resulta aplicable en la etapa provisoria propia del estado cautelar. Como ya se ha dicho, el punto de partida en materia discriminatoria es la reducción del grado de convicción. Y, todavía, esa reducción se acentúa por desplazarnos aquí en territorio puramente provisorio como es el precautorio. Esto nos lleva a descartar que estemos operando con la certeza como grado del conocimiento. Estamos en un estadio menor que es el de la verosimilitud, pero una verosimilitud aún atenuada por la materia que nos concita. Alcanza con apariencia, probabilidad, exteriorización de un estado de cosas prima facie apreciable, en el sentido de la presencia de hechos que resulten idóneos para inducir actos de discriminación. Adviértase la diferencia: no se trata de verosimilitud sobre la existencia de discriminación sino de algo menos: verosimilitud sobre existencia de ciertos datos que permitan inducir aquella discriminación. Sabemos que hay enorme distancia entre el grado de conocimiento que se requiere para arribar al pleno valor probatorio, esto es, a un estado de certeza, y el grado de conocimiento utilizable para verificar aquella apariencia, propio de lo cautelar. Son naturalmente distintos los datos o elementos de juicio que permiten comprobar plenamente la existencia de determinado hecho, de los datos o elementos de juicio que sostienen tan solo la existencia de verosimilitud a su respecto. Los primeros requieren apreciación y conocimiento pleno, acabado. Los segundos son obtenidos mediante conocimiento periférico, menos pleno, en el grado de apariencia. Del mismo modo, sostengo que en el estricto plano cautelar de las cuestiones de discriminación el grado de conocimiento, siguiendo las pautas elaboradas por la Corte Suprema de la Nación, también se modifica. Con otras palabras, el juicio mediante cognición totalmente sumaria y provisional de la probable existencia de la conducta discriminatoria es reemplazado aquí por el juicio mediante igual cognición en grado de apariencia, no sobre la probable existencia de la conducta discriminatoria sino sobre la probable existencia de elementos de juicio de los que pueda desprenderse razonablemente esa conducta discriminatoria. IV.3. ¿Por qué en esta materia nos vamos a conformar con un grado menor de conocimiento? Para dar respuesta a este interrogante debemos acudir al concepto de igualdad, hoy día desplazado de la perspectiva puramente formal para entender que ha de ser real. El proceso recepta también la necesidad de asegurarla. Expresa Oteiza, con cita de Damaska, que debe reconocerse que las partes son diferentes, de allí que ofrecerles las mismas armas no asegura una habilidad igual para defender sus intereses en el proceso. Es necesario un concepto de igualdad no formal que tome en cuenta la diversidad de situaciones y la desigualdad. El juez desempeña el papel de atemperador de las diferencias y desventajas que afrontan las partes. Las limitantes fundadas en las condiciones de desigualdad se manifiestan tanto en las restricciones para acceder a la justicia como en los problemas que encuentran las partes al litigar, por estar colocadas en una objetiva desventaja (Oteiza, Eduardo; "La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar" en Oteiza, Eduardo

[coordinador]; La prueba en el proceso judicial, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pág. 193 y sigs.). Los conflictos por discriminación afectan a las personas vulnerables. Son aquellos grupos de personas o sectores de la población que por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven disminuidos en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Exhiben objetivamente características de desventaja, por distintas razones: edad, sexo, orientación sexual, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental, condición económica, posición social, política, ideológica e institucional. Son vulnerables todos aquellos que ven menguados sus derechos humanos, tomando como punto de comparación la capacidad de que gozan al respecto otras personas que no presentan tales dificultades. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad consideran en esa condición a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Aluden así a menores y ancianos, personas afectadas de alguna discapacidad grave, migrantes y desplazados internos, pobreza, mujeres afectadas por violencia y discriminación, minorías nacional o étnica, religiosa y lingüística, personas privadas de su libertad. El derecho pregona que todos los hombres son libres e iguales, pero es necesario darse cuenta que existen diferencias efectivas y que no puede mantenerse la libertad y la igualdad en un plano simplemente formal. Entonces, hay que equilibrar las desigualdades atendiendo al plexo de valores contenidos en las normas fundamentales. Hay que escuchar el lamento de los desheredados, de los victimados, de los desprotegidos, de los pobres, de los niños, de los ancianos, de los migrantes, de los discapacitados, de los vulnerables en fin, prestando atención no solo a lo teórico del derecho sino también al sentido de la justicia. Y entonces, si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables, es necesario equilibrar la desventaja que ab initio los caracteriza. Esta es la muy sencilla explicación del mecanismo de aligeramiento probatorio que estamos considerando. ¿Y en dónde lo fundamos jurídicamente? Reconociendo un paradigma que la doctrina y la jurisprudencia ya habían impuesto, el Código Civil y Comercial ha dispuesto en su art. 2 que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Entonces, los puntos de apoyo son irrefutables, comenzando con la Constitución. Desde el Preámbulo, es programa directamente operativo el de afianzar la justicia como igualmente el sistema republicano de gobierno. El art. 17 garantiza que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley. Rige la garantía del debido proceso legal contenida en el art. 18 y el espectro innominado del art. 33. Según el principio de legalidad del art. 19 nadie está obligado a ser privado de lo que la ley no prohíbe. Emerge del principio de razonabilidad de su art. 28. Emerge de la supremacía de la Constitución consagrada en el art. 31. Emerge de la garantía de la tutela judicial efectiva, del art. 15 de la Constitución de Buenos Aires. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos asegura mayor protección a los grupos de personas vulnerables y veda todo tipo de discriminación. Numerosos tratados y convenciones forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad. Los instrumentos internacionales que cita el inc. 22 del art. 75 de la Constitución constituyen suficiente plataforma normativa para garantizar la igualdad real y prohibir la discriminación. Precisamente en el fallo "Pellicori", la Corte Suprema de la Nación hizo un extenso recorrido por cada uno de esos tratados y convenciones y por la interpretación que les cabe. El nuevo Código Civil y Comercial resulta particular apoyatura. El punto ha sido examinado exhaustivamente por Berizonce en su trabajo "Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos 'sensibles'" (Berizonce, Roberto Omar; Revista de Derecho Procesal, La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación, 2016-2, pág. 121 y sigs.). En este valioso aporte se demuestra que el régimen de la prueba recibe un tratamiento diferencial en los procesos que versan sobre derechos sensibles. Sobre la base de previsiones contempladas en el nuevo ordenamiento en materia de derecho de familia y responsabilidad civil, en relación a la amplitud probatoria y al reconocimiento de las cargas dinámicas, concluye en la existencia de un nuevo paradigma del proceso, asistiéndole posibilidades de excepcionar la regla del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial arbitrando desplazamientos o traslaciones de la respectiva carga, reforzándose así el poder genérico de dirección del proceso. Son técnicas procesales justificadas por la naturaleza de las circunstancias en juego, consagrando para las hipótesis en examen una suerte de carga probatoria atenuada. El sistema de garantías se materializa a través de los instrumentos procesales. Cuando el objeto a ser tutelado eficazmente son los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que constituyen pilares del orden jurídico constitucional argentino e internacional alcanzando la categoría de *ius cogens*, aquellos instrumentos procesales han de adaptarse, flexibilizarse y acomodarse en función de los requerimientos sustanciales. El régimen procesal contiene previsiones puntualmente aplicables. Entre los conocidos poderes y deberes del juez se encuentra el de dirigir el procedimiento y mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34 inc. 5, CPCC). Particular relevancia poseen aquí las reglas de la sana crítica. Al aludir a este mismo fenómeno que venimos considerando, Peyrano lo ha titulado "Cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", concluyendo que su justificación no sólo proviene del

Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también de una regla de la sana crítica, la que reza que lo diferente merece un tratamiento probatorio distinto, no pudiendo ser valorado con el rasero del común (Peyrano, Jorge W.; "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", LL 2011-F-624 y sigs.). Y específicamente en materia de medios probatorios, el art. 376 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que "La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez". No vacilo en extender la interpretación de este texto, que no puede quedar limitado exclusivamente a la disponibilidad en forma amplia de medios probatorios. Por la misma vía interpretativa del art. 2 del Código Civil y Comercial, y en la inteligencia sustancial de la protección de los vulnerables en función del bloque constitucional y supranacional, el principio de libertad judicial en la recepción de los medios de prueba bien puede extenderse al régimen de distribución de la carga probatoria en los casos excepcionales regidos por la impronta de una posible discriminación. Remito, finalmente, al fundamental principio de la justicia social (art. 39, inc. 3, Const. prov.), que como ya en 1974 lo enunciara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Berçaitz", es "...la justicia en su más alta expresión", y cuyo contenido "...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización" (Fallos: 289:430). V. Los presupuestos de la medida cautelar están plenamente reunidos en el caso. Remito aquí a las consideraciones del voto al que adhiero. Agrego que durante el desenvolvimiento de la relación la actora censuró expresiones públicas del Intendente y lo denunció ante el INaDi. Su contrato fue rescindido antes de tiempo. Ha requerido y fundamentado su reclamo en la ley provincial que asegura un cupo para las personas transexuales. Todas estas circunstancias constituyen elementos de juicio que razonablemente autorizan a inducir que han sido la causa del anticipado distracto. Es necesario señalar que en el principio n° 13 de Yogyakarta (2014) se reconoce ese condicionamiento junto a la necesidad de protección contra el desempleo. En definitiva, en el recordado principio se concluye también en que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la inclusión laboral para este colectivo (Principios de Yogyakarta, Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2014; ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17, aplicación del principio por persona -art. 29 de la Convención Americana-, párrafos 67 a 69 y 72; y mi voto en la causa A. 73.876, "Lizarraga", resol. de 15-VI-2016). Precisamente, la ley 14.783 toma en cuenta las dificultades que transitan las personas trans para alcanzar el ingreso al mercado laboral y a esos fines, como política para garantizar la inclusión, dispuso la efectivización de la medida de acción positiva del establecimiento de un cupo (arts. 1 y 2); a su vez se incluye como parte de la no discriminación por motivos de su identidad de género al derecho a la protección contra el desempleo (art. 6 de la referida ley). Aún más, en los fundamentos se señala que "...la comunidad travesti, transexual y transgénero de Argentina se encuentra entre una de las poblaciones más vulneradas históricamente del país. La realidad de este colectivo está atravesada por un contexto de persecución, exclusión y marginación, teniendo grandes dificultades para el acceso a la igualdad de oportunidades y de trato. La mayoría de ellos vive en extrema pobreza, privados de los derechos económicos, políticos, sociales y culturales. Siendo expulsados desde niños de sus hogares y del ámbito escolar, quedando como única alternativa de subsistencia el ejercicio de la prostitución". A ello agrego, como evidencia de lo que se está señalando, los resultados obtenidos en la Primera Encuesta sobre Población Trans realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INaDi), los que han permitido mostrar una situación laboral de elevada precariedad, relevándose un 80% de informalidad laboral en el marco de actividades vinculadas a la prostitución y otras actividades de frágil estabilidad y de trabajo no formal, consignándose -además que siete de cada diez personas trans buscan otra fuente de ingreso y ocho de cada diez declaran que su identidad les dificulta esa búsqueda (Primera Encuesta sobre población trans 2012: Travestis, transexuales, transgéneros y hombres trans; Informe técnico de la prueba piloto Municipio de La Matanza, 2012, pág. 12 y sig.). Asimismo, me permito recordar que "...preocupa al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la falta de conocimiento alrededor del derecho a la no discriminación en los representantes de los poderes del Estado. Finalmente, el Comité lamenta el incumplimiento de la cuota de empleados transexuales en el sector público de la provincia de Buenos Aires (art. 2, párrafo 2)" y "...recomienda reglamentar la Ley 14.783, aprobada en septiembre de 2015 en la provincia de Buenos Aires, que establece que el sector público de la provincia de Buenos Aires, debe ocupar, en una proporción no inferior al 1% de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo" (Observaciones Finales sobre el Cuarto Informe periódico de la Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, p. 24 y 25 inc. "d"). Por otra parte, también encuentro acreditado el peligro en la demora en función del carácter alimentario de los haberes dejados de percibir, situación que resulta agravada por las particularidades del caso (v. fs. 63), resultando manifiesta la desigualdad de oportunidades y de trato a la que son

sometidas las personas trans por su condición de tal, y lo desestabilizante que resulta el cese intempestivo a personas mayormente vulnerables como en este caso. En vista a estas consideraciones, he de señalar que el dictado de esta medida precautoria de modo alguno permite vislumbrar una grave afectación al interés público. Las razones expuestas resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley y revocar en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, CPCC). Voto por la afirmativa. A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo: Adhiero al voto del doctor Negri, a excepción de lo manifestado en el segundo párrafo del punto IV. Sólo he de adunar que, en el marco del examen de la verosimilitud del derecho, en la especie el requisito se ve apuntado en que la Municipalidad demandada no invoca ni acredita en su informe de fs. 47/53 el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los arts. 1 y 2 de la ley 14.783. Tampoco da cuenta de que haya dictado la reglamentación que, en su ámbito autonómico, permita la adecuada articulación de los derechos reconocidos en la ley provincial. De tal modo, y teniendo fundamentalmente en cuenta el peligro en la demora que evidencian las circunstancias fácticas del presente (v. fs. 191/192), con el criterio de prudente balance que ha fijado esta Suprema Corte (doctr. causa B. 65.043, "Trade", resol. de 4-VIII-2004; e.o.), doy también mi voto por la afirmativa. El señor Juez doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la afirmativa. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA. Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca, en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, CPCC). Regístrese y notifíquese.

EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI
HECTOR NEGRI DANIEL FERNANDO SORIA EDUARDO JULIO PETTIGIANI JUAN JOSE MARTIARENA
Secretario Correlaciones: CPC SA c/V., M. E. s/consignación - Cám. Nac. Trab. - Sala VIII -
05/06/2013 - Cita digital: IUSJU209492D 038311E />