

CUESTIONES DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL. ESTADO ACTUAL, AVANCES, TEMAS PENDIENTES Y DESAFÍOS¹

Viviana Mariel DOBARRO²

SUMARIO: I. Introducción.- II. Discriminación, prejuicios y estereotipos de género.- III. Derechos Humanos. Revisando la historia.- IV. La dignidad de la persona humana y su protección en el Derecho Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos.- V. De la no discriminación y la igualdad de trato, a la igualdad de oportunidades en la normativa constitucional e internacional.- VI. La violencia en las relaciones laborales y sus vinculaciones con el derecho fundamental a no ser discriminado.- VII. Marco jurídico aplicable a las cuestiones de género en el ámbito laboral.- VIII. Aspectos relevantes de la ley 26.485.- IX. 30 Años de democracia y los avances operados en materia de género en el ámbito laboral.- X. Aristas prácticas de la discriminación y la violencia por razón de género en el ámbito laboral.- XI. La discriminación y la violencia de género en el acceso al puesto de trabajo.- XII. Los daños y su resarcimiento.- XIII. El acceso a la Justicia.- XIV. Dificultades de índole probatoria.- XV. Conclusiones

I. Introducción

Reflexionar acerca de las cuestiones de género en el ámbito laboral nos exige un doble orden de análisis. Por un lado revisar las normas jurídicas vinculadas o que contienen una nota de género y, por otro, revisar las prácticas sociales y las problemáticas de género que en la realidad cotidiana de las relaciones laborales se suelen presentar. Es decir, analizar el estado actual de la problemática, remarcar los avances experimentados y señalar los temas pendientes y nuevos desafíos.

Con relación a la primera de las cuestiones cabe observar que aun cuando la Ley de Contrato de Trabajo ha sido desde el momento mismo de su sanción pionera en el reconocimiento y regulación de los derechos de la persona que trabaja³, lo cierto es que en lo que aquí nos concierne no podemos sino señalar que pocas -por no decir nulas- referencias contiene a las cuestiones de género. En realidad la Ley de Contrato de Trabajo alude exclusivamente a la “mujer” y, básicamente, en situación de maternidad y biológica o en carácter de concubina, conviviente o esposa del trabajador.

Vale decir, por una parte, los reconocimientos se refieren a las mujeres y la ley laboral -sea la general o las leyes especiales referidas a diferentes materias o actividades- no

¹ Publicado en “Trabajo y Derechos, Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial”, Director Moisés Meik, Coordinador Guillermo Contrera, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2014, págs.. 681 a 794.

² Abogada U.B.A. Especialista en Derecho Laboral, Facultad de Derecho, U.B.A. Especialista en Administración de Justicia, Facultad de Derecho y FUNDEJUS, U.B.A. Prosecretaria Letrada de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Ex Secretaria del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo Nro. 4. Replicadora de los talleres para incorporar la perspectiva de género en la Justicia y de los talleres sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual, entrenada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Sistema de Naciones Unidas en Argentina. Adjunta Regular en la Carrera de Relaciones del Trabajo Facultad de Ciencias Sociales, U.B.A., materias Derecho del Trabajo I y Derecho del Trabajo II. Miembro de la Comisión Organizadora de la Cátedra Abierta de Trabajo Decente de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Docente de la Escuela Judicial de la Nación, Consejo de la Magistratura. Secretaria e integrante del plantel permanente de docentes de la Fundación Altos Estudios Sociales, FAES. Docente en cursos de posgrado y seminarios vinculados con la especialidad en diferentes universidades y entidades. Ponente oficial, expositora y/o coordinadora en Congresos y Jornadas sobre la especialidad. Integrante del comité consultivo de la Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar y colaboradora permanente de la mencionada revista. Autora de numerosas publicaciones referidas a la materia.

³ No podemos soslayar que numerosos derechos se perdieron durante la última dictadura militar y en la década de los 90, pero afortunadamente se recuperaron durante la última década.

contiene previsiones referidas al concepto más amplio, abarcativo y actual como es el de “género”.

Tampoco hay articulaciones entre la ley de identidad de género y su aplicación práctica a la vida laboral, más aun se trata de una temática que casi no ha sido tratada por la doctrina ⁴ y esporádicamente por la jurisprudencia.

Por otra parte, hay infinidad de situaciones que la realidad cotidiana presenta con relación al trabajo de mujeres que no han sido contempladas por el legislador laboral; a guisa de ejemplo podemos mencionar la vinculadas con: la maternidad no biológica (adopción), los tratamientos de fertilidad asistida tan frecuentes en esta época, un reparto de los roles al interior de la familia diferente al tradicional y sus implicancias en la prestación de tareas en relación de dependencia; las nuevas formas de organización de la familia, tal el caso de las familias ensambladas o de las tareas de cuidado de personas que no son estrictamente “hijos/as”, por ejemplo, padres/madres, hermanos/as, abuelos/as, etc. Y, cabe señalar, que algunas de ellas han sido resueltas por la jurisprudencia a través de la aplicación de normas de rango superior.

También cabe mencionar las dificultades para acceder a determinados puestos, que cuando se trata de los cargos en partidos políticos o asociaciones sindicales han sido reguladas por normas específicas y que no obstante ello la realidad da cuenta de enormes dificultades para la aplicación práctica de las disposiciones vigentes, a la par que para insertarse en ciertos ámbitos laborales, sea determinadas actividades o sea algunos puestos específicos dentro de la organización laboral.

Por último y sólo en pos de hacer un repaso de las situaciones que la realidad presenta en mayor número, debemos mencionar las que se vinculan con las diferentes formas de violencia en las relaciones laborales y los actos o conductas discriminatorias, cuestión que hemos tratado en anteriores oportunidades ⁵.

No obstante la importancia de esta última temática y los múltiples estudios y abordajes que de ella se han hecho, resulta indiscutible que ha adquirido mayor notoriedad a partir del 11 de marzo de 2009, como consecuencia de la sanción de la Ley de Protección Integral a las mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley 26.485 ⁶ y Dec. Nro. 1011/10 del 19/7/10. Cuerpo normativo que -entre otras- expresamente contempla las situaciones de violencia en el ámbito laboral y, en particular, la discriminación por razón de género.

Previo a cualquier otro análisis, debemos recordar que entre los móviles primigenios perseguidos por el Derecho del Trabajo se encuentra corregir a través de la norma

⁴ A este análisis nos hemos abocado en “La ley de identidad de género y sus implicancias en el ámbito laboral”, Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, Volumen 2012-10, págs. 2602 a 2621 y en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Editorial La Ley, Volumen 2012-7, págs. 140 a 160; también en “Implicancias prácticas en el ámbito laboral de la ley de identidad de género”, Compendio Jurídico Octubre de 2012, Editorial Errepar, págs. 153 a 191.

⁵ Al respecto se puede consultar DOBARRO, Viviana Mariel, “La violencia en las relaciones laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Primera y Segunda Parte)”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, julio y agosto de 2008, Nros. 276 y 277; “La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección del personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, febrero de 2008, Nro. 270, pág. 108 a 138. Y en dicha revista, de la misma autora, “La nulidad de los despidos discriminatorios en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, Nro. 272, abril de 2008, Nro. 272, abril de 2008, pág. 366 y sigs.; “Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo”, Nro. 216, pág. 734 y sigs.; “La discriminación y la igualdad de trato en el empleo”, Nro. 135, noviembre de 1996, pág. 972 y sigs.; entre otras. En coautoría con DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La discriminación en el ámbito laboral, 1ra., 2da., 3ra. y 4ta. Parte”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, noviembre de 2004, diciembre de 2004, febrero de 2005 y marzo de 2005 y “Análisis de la indiscriminación y los derechos fundamentales de la persona”, Equipo Federal del Trabajo, Año I, Revista nº 1, págs. 67-85, 2005.

⁶ A cuyo análisis nos hemos abocado en DOBARRO, Viviana Mariel, “La ley 26.485 y la protección integral de las mujeres. Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, Nro. 289, setiembre de 2009, págs. 955 a 981.

laboral la desigualdad entre las partes contratantes. El Derecho del Trabajo nació como una medida correctiva tendiente a proteger especialmente a un sector notoria y tradicionalmente postergado, asemejándose a lo que actualmente denominamos medidas o políticas de acción positiva⁷.

Ahora bien, el análisis relativo a las prácticas discriminatorias y, en particular por razón de género (a excepción de las situaciones vinculadas con la maternidad y en los términos de la L.C.T.) no ha tenido prácticamente desarrollo en la doctrina, recién ha logrado alguna sistematización, en las últimas dos décadas⁸. Mayor aun es la deuda que la doctrina laboralista tiene con el abordaje de la problemática de la violencia laboral contra las mujeres, que ha despertado gran interés recién a partir del dictado de la ley 26.485.

Diferente ha sido la situación desde el punto de vista de la jurisprudencia, ya que por imperio de los hechos, ante la demanda de los justiciables en procura de tutela frente a flagelos como la discriminación y la violencia laboral, la magistratura ha tenido que intervenir en la resolución de estos conflictos y dirimirlos de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Aunque no se puede desconocer que la mayor cantidad de pronunciamientos que pueden recabarse con anterioridad a la vigencia de la ley 26.485 se refieren a “discriminación laboral” o “violencia laboral” en general, es decir sin la nota de género⁹.

Sentado ello, cabe destacar el rol crucial que a las mujeres nos cupo en la lucha contra la “discriminación”. Uno de los sectores de la sociedad que más tempranamente enarbolara las banderas de la igualdad de trato y la no discriminación. Entre los innumerables ejemplos de tal accionar -en muchas ocasiones con consecuencias trágicas-, corresponde mencionar a las trabajadoras muertas en una fábrica de Nueva York en el marco de una lucha por condiciones “dignas” de trabajo, en cuyo honor se instaurara el “Día Internacional de la Mujer”¹⁰.

⁷ DOBARRO, Viviana Mariel, “Reflexiones sobre la no discriminación y el trato igual, con especial referencia al ámbito laboral: Normativa vigente y tendencias jurisprudenciales”, Suplemento Especial sobre Despidos Discriminatorios, EIDial.com, Biblioteca Jurídica On Line, Editorial Albremática, 19 de septiembre de 2006.

⁸ Y en este aspecto debemos remarcar que los precursores de tan progresista y humanista tendencia, en nuestra doctrina nacional y en especial con relación a la figura del despido discriminatorio, han sido -principalmente y entre otros autores y trabajos- POMPA, Roberto C., “Nulidad del despido por causa de discriminación”, Doctrina Laboral, Nro. 143, julio de 1997, Editorial Errepar, pág. 683 y sigs.; MEIK, Moisés, Tesis doctoral presentada por el autor en la Universidad de Castilla-La Mancha, curso de post grado organizado con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., en el que ese autor participara como docente invitado. Puede consultarse en el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Inédita; PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., “La protección de la maternidad y el período de prueba”, Revista Doctrina Laboral, Nro. 142, junio de 1997, Editorial Errepar, pág. 614 y sigs.; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “Discriminación en los despidos”, Revista Doctrina Laboral, Nro. 216, agosto de 2003, Editorial Errepar, pág. 729 y sigs., CAUBET, Amanda, “La limitación a los supuestos de despido discriminatorio en la ley 25.013”, Revista Doctrina Laboral, Nro. 159, noviembre de 1998, Editorial Errepar, pág. 1030 y sigs.; CAUBET, Amanda B., “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, Revista Doctrina Laboral, Nro. 135, noviembre de 1996, Editorial Errepar, pág. 941 y sigs.

⁹ Al respecto, se puede consultar el análisis que de la mencionada evolución jurisprudencial hemos hecho, aunque con la salvedad de que por obvias razones temporales no se recogen los cambios operados a partir de los pronunciamientos de la C.S.J.N. en los casos “Álvarez” y “Pellicori”: DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección de personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado”, Revista Doctrina Laboral, Editorial Errepar, Nro. 270, febrero de 2008, págs. 108 a 138, en “La nulidad de los despidos discriminatorios en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, cit., pág. 366 y sigs. y en “La violencia en las relaciones laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Primera y Segunda Parte)”, cit., Nros. 276 y 277.

¹⁰ DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el ámbito laboral: una violación al derecho fundamental a no ser discriminado y al mandato constitucional ‘promover el desarrollo humano con justicia social’”, ponencia presentada y sobre la que diserté en el III Foro de Mujeres contra la Corrupción y I interamericano, organizado por MEI-Fundación Mujeres en Igualdad, UNDEF The United Nations Democracy Funds y UNIFEM-Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer, Buenos Aires, 29 de septiembre a 1 de octubre de 2008.

Por lo demás, si bien la discriminación por razón de género, especialmente la situación de las mujeres en el mundo del trabajo ¹¹, es uno de los ámbitos en que mayores avances se produjeron en los últimos dos siglos, todavía queda mucho camino por andar, principalmente en orden a romper el “techo de cristal” al que se ha referido la O.I.T. en innumerables oportunidades, considerándolo el principal obstáculo en la materia. Aspecto de la problemática que sigue siendo el numéricamente más significativo y también socialmente más difundido.

Resulta evidente que cualquier forma de violencia, tanto física como psicológica o moral, se puede exteriorizar en los diferentes ambientes en que la persona humana se desenvuelve y adquiere singulares ribetes cuando se manifiesta en el ámbito laboral.

El fenómeno de la violencia en nuestra sociedad se incrementa notablemente cada día. Las estadísticas demuestran que el aumento es mayor respecto de las mujeres, tanto si hablamos de violencia física, como psicológica o sexual, entre otras modalidades y sea en el ámbito familiar, en la vía pública o en la vida laboral, para citar algunos casos.

La realidad cotidiana, la información que difunden los medios periodísticos y las estadísticas que elaboran las asociaciones y entidades especializadas, arrojan datos por demás preocupantes con respecto al incremento de los casos de violencia contra la mujer.

Podríamos formular diversas explicaciones del fenómeno: razones vinculadas con la contextura o fortaleza física, con la dependencia económica, psicológica, o jurídica respecto de aquellos a quienes se vinculan -en el ámbito laboral, en el familiar o en la vida social-, con la proliferación de prejuicios y estereotipos vinculados con el género y con las dificultades que se presentan a la hora de juzgar y/o sancionar estos hechos repugnantes. Pero sin duda alguna en el surgimiento y mantenimiento de estas prácticas deplorables se entremezclan principalmente prejuicios y estereotipos

¹¹ En un comunicado de prensa emitido por la Organización Internacional del Trabajo, el lunes 12/5/03, se sostiene que “Si bien algunas de las formas más flagrantes de discriminación en el trabajo pueden haber disminuido, muchas continúan siendo un elemento cotidiano y permanente en el lugar de trabajo o están tomando nuevas y más sutiles formas. Esto es causa de una creciente preocupación de acuerdo con un nuevo estudio de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo, el estudio más exhaustivo realizado hasta la fecha en materia de discriminación, titulado “La hora de la igualdad en el trabajo”, advierte que dejar de enfrentar ‘las amplias desigualdades socioeconómicas’ existentes en el mundo del trabajo, no sólo equivale a ‘desperdiciar los recursos y talento humano’ sino que puede tener en los próximos años ‘efectos catastróficos en la cohesión social nacional, la estabilidad política y, en consecuencia, en el desarrollo’. ... Los progresos realizados en la lucha contra la discriminación en el trabajo no han sido uniformes, incluso en las formas reconocidas desde hace largo tiempo como la discriminación contra la mujer... la discriminación no desaparecerá por sí misma ni tampoco el mercado se preocupará de ese problema. Así por ejemplo, si bien el número de las mujeres que recibe un salario en la actualidad es mucho mayor que hace 50 años, las mujeres aún se ven relegadas a trabajos poco calificados. Incluso en los países en los que las mujeres han recibido una educación igual o mejor que la de los hombres, el ‘techo de cristal’ obstaculiza a menudo su último descenso hacia la cima. Y, en todo el mundo, la mayoría de las mujeres continúa ganando menos que los hombres. ... Las mujeres constituyen claramente el grupo más numeroso objeto de discriminación. Si bien cada vez más mujeres tienen acceso al mercado de trabajo, aún queda mucho por hacer. ... las diferencias salariales entre hombres y mujeres siguen siendo significativas en la mayoría de los países. Asimismo, es más usual encontrar mujeres en los empleos peor pagados y con menores condiciones de seguridad. Además la tasa de desempleo ha sido casi siempre superior para las mujeres. La discriminación puede producirse en cada etapa del empleo, desde la selección y contratación hasta la formación y la remuneración, y abarca la segregación profesional y el momento de la terminación de la relación de trabajo. Los hombres y las mujeres tienen una tendencia a trabajar en sectores diferentes de la economía y ocupan distintos puestos dentro del mismo grupo profesional. Existe una tendencia a que la mujer sea empleada en una serie más reducida de ocupaciones que el hombre y es más probable que trabaje a tiempo parcial o mediante contratos de corta duración. Debe también afrontar un mayor número de obstáculos para la promoción y el desarrollo de su carrera. Si bien el desarrollo industrial producido por la exportación ha abierto numerosas ocupaciones a las mujeres, las desigualdades continúan existiendo en términos de salario, jerarquía y promoción. Las pruebas disponibles parecen mostrar que la segregación profesional persiste igualmente en las nuevas áreas de trabajo relacionadas con las tecnologías de la información y la comunicación, que fueron en algún momento aclamadas como una puerta a la igualdad de trato y oportunidades para la mujer...”.

socialmente muy enraizados, con los patrones tradicionales de comportamiento - social, familiar, laboral, etc.- y con las relaciones de “poder” -físico, económico, social, entre otros- anudadas entre “hombres” y “mujeres”. Todo ello, en ocasiones, potenciado por una situación de mayor vulnerabilidad como puede ser -por ejemplo- la pobreza, la enfermedad, la condición de migrante.

Un aspecto ineludible de esta problemática es que cualquier forma de violencia sobre la persona que trabaja implica en todos los casos una violación a los derechos fundamentales de la persona humana y, además, trae aparejados múltiples daños, al menos -como veremos- daño moral ¹².

De allí el desafío que para la doctrina y jurisprudencia laboralista supone la reglamentación y sanción de este tipo de prácticas que, más allá de sus repercusiones en la faceta laboral, afectan los derechos fundamentales de la persona humana y, por consiguiente, quedan alcanzadas por el más amplio marco tuitivo que emerge de los principios generales y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. Discriminación, prejuicios y estereotipos de género

La mayor dificultad para lograr avances frente al flagelo de la discriminación, particularmente por razón de género, en nuestra opinión, se deriva de cuán enraizados estén determinados patrones de comportamiento social, cuyos efectos se potencian en la misma proporción en que aumenta la situación de desempleo, precariedad o crisis económica en que se encuentre inmersa la persona destinataria de estas prácticas aberrantes; ya sea que estén motivadas por la pertenencia a determinada categoría o por circunstancias vinculadas con el propio perfil psicológico de quien incurre en ellas y su necesidad de demostrar “poder”.

Hemos dicho en otra oportunidad que frente a los actos o conductas discriminatorias - e idénticas consideraciones pueden formularse con respecto a cualquier otra forma de violencia en el ámbito laboral- se suelen asumir actitudes contradictorias ¹³. Pues desde un plano consciente o desde lo discursivo difícilmente se admitan las conductas o los prejuicios segregacionistas, en muchos casos tan sólo por una cuestión de “imagen” ya que suelen ser socialmente mal vistos. En tanto que desde las concepciones íntimas, consciente o inconscientemente, muchas decisiones, enunciaciones, o actitudes se encuentran plagadas de prejuicios o estereotipos y traen ínsita una mirada desvalorizante y discriminatoria de la otra persona-grupo, cuyos integrantes -generalmente- se hallan en situación de inferioridad y, por ende, sus posibilidades de acceder o detentar poder económico, político o social, también están disminuidas.

Por otra parte, las consecuencias que acarrea la discriminación se incrementan cuando afecta a personas que integran “grupos minoritarios”, básicamente en atención a que numéricamente son menos que aquellos/as que socialmente son considerados/as como el común denominador de la población, o el ciudadano/a “tipo”. Ahora bien, la noción de minoría no siempre tiene que ver con un dato cuantitativo, sino que cada día se relaciona más con uno de tipo cualitativo como es la pertenencia a un grupo distante de los ámbitos en que se detenta el “poder”.

Sin perjuicio de que es frecuente encontrar en las sociedades occidentales y contemporáneas “minorías” -en los dos sentidos ya señalados- y que éstas, por su propia condición, tienen dificultades para el ejercicio de los derechos humanos, entre

¹² DOBARRO, Viviana Mariel, “Daños en el contrato de trabajo. La violencia contra la mujer en el ámbito laboral. Un flagelo que ocasiona daños múltiples y de diversa índole. El nuevo régimen legal argentino”, en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 4, febrero de 2010, pág. 308 a 323.

¹³ DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección del personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado”, cit., pág. 108 a 138.

otros, el acceso al empleo ¹⁴; ello resulta incompatible con una definición amplia de la democracia ¹⁵, ya que esta última presupone que el ejercicio de los derechos fundamentales sea garantizado en condiciones igualitarias, así como también que se aseguren idénticas oportunidades para todos.

Y no se puede obviar que, dentro de la concepción que sostenemos, se comprende el derecho a “ser diferente” ¹⁶, es decir, a elegir el propio destino y a no ser tratado/a perjudicialmente por dicha circunstancia, lo que además se vincula con el reconocimiento del derecho a la identidad ¹⁷.

En todo grupo social siempre hay algún sector que impone las condiciones, o que intenta sacar provecho de la situación de inferioridad de otros -ya se trate de quienes numéricamente son menos o de los que en apariencia no son “iguales” a los que detentan el poder-. Por otra parte, son las “minorías” -cuantitativa como cualitativamente entendidas- quienes son pasibles de un probable trato discriminatorio o se ven en dificultades para acceder al goce de ciertos derechos fundamentales, es decir, las eventuales destinatarias de las medidas de acción afirmativa, como instrumentos útiles para la corrección de situaciones de injusticia social ¹⁸.

¹⁴ CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina*, 1997, Eudeba, Bs. As. 1a. edición, 1998, págs. 368 y 370. En este informe y con relación a la exigibilidad de algunos derechos sociales se sostiene que “...Está claro que el derecho al trabajo no autoriza a exigir puestos de trabajo, pero sí una política activa del Estado encaminada a asegurar ese derecho, fomentando la creación de empleo e impidiendo que determinadas actividades afecten el nivel de empleo alcanzado...Así como el Estado viola el derecho al trabajo cuando no administra correctamente los recursos públicos destinados a paliar el desempleo, por corrupción o clientelismo político, también se viola ese derecho cuando no se impide el efecto perjudicial sobre el nivel de empleo que representan algunas actividades productivas. El derecho al trabajo, como fuera dicho, si bien no incluye el deber del Estado de dar trabajo, sí importa su obligación de garantizar el nivel de empleo. Así como no se discute, desde la óptica de la libre empresa, la obligación estatal de analizar el impacto ambiental de determinadas actividades productivas en aras del derecho a un ambiente sano de toda la comunidad, tampoco debería discutirse la obligación de analizar el impacto sobre el nivel de empleo de determinadas actividades productivas en aras del derecho al trabajo de los ciudadanos...”.

¹⁵ Véase DOBARRO, Viviana Mariel, “La no discriminación y la igualdad de trato en el empleo”, *Errepar, Revista Doctrina Laboral*, t. X, Nro. 135, págs. 972 y 973.

¹⁶ KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, págs. 133 y 134, sostiene que “... Es evidente que la igualdad real de oportunidades y de trato conlleva a reconocer al sujeto su derecho a ser diferente, pues sólo así estará en condiciones de igualarse -al menos en el punto de partida- a los demás. ...De la conjunción del principio de igualdad con el de no discriminación resulta la protección de este valor, el derecho a la diferencia. El tema se vincula con un reciente derecho de la personalidad que se perfila cada vez más, el derecho a la identidad. Este derecho tiene varias facetas, pero puede ser conceptualizado aceptando que cada sujeto tiene un interés generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social. ...si se exige al individuo, para poder gozar de un derecho en igualdad de condiciones que a los demás, que resigne su diferencia esencial, esa que lo hace ser él mismo, se lo está discriminando y, a la vez, no se satisface la igualdad real, sino tan sólo la formal. La verdadera igualdad, sin discriminación implica el reconocimiento de la identidad del sujeto; que puede ser titular de idénticos derechos que los otros manteniendo su diferencia...”.

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, pág. 280, sostiene que “El derecho a la identidad, definido brevemente como el derecho a ser uno mismo y a no ser confundido con los otros, puede ser entendido de modo estático (en el sentido de conservar lo que he sido) o dinámico (como el derecho a asumir nuevas condiciones o a cambiar las actuales)”.

¹⁸ SABA, Roberto P., en “Discriminación, trato igual e inclusión”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales*, compiladores Martín ABREGÚ y Christian COURTIS, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Bs. As., 1997, págs. 561 y 562, explica que la noción ‘trato discriminatorio’ está estrechamente relacionada con el punto de vista de la mayoría o la cultura dominante y sostiene que “...El derecho de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley se asocia usualmente con la prohibición de llevar a cabo prácticas discriminatorias. Sin embargo, la obligación de respetar y hacer respetar los derechos sin discriminación alguna que prescribe la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, las normas constitucionales nacionales y las leyes antidiscriminatorias (cuando las hubiere) no parecen ser suficiente para responder al problema de definir lo que ese trato no discriminatorio significa cuando debe ser traducido a políticas concretas. La discusión acerca de qué es lo que en verdad constituye trato discriminatorio y la consiguiente obligación del Estado

No incurre en este tipo de prácticas quien “quiere” sino que además tiene que “poder”¹⁹ hacerlo y ésta es la mayor dificultad que se nos presenta al momento de luchar contra este flagelo²⁰. Habitualmente el sujeto activo de estas conductas abusa de su situación de superioridad y del “estado de necesidad”, “hiposuficiencia” o “dependencia” del otro contratante.

Los actos o conductas discriminatorias traen siempre aparejadas consecuencias idénticas: el avasallamiento a la dignidad de la persona humana e innumerables daños materiales y morales.

La persona que trabaja -en general- trata de preservar su fuente de trabajo y su ingreso salarial, aun frente a las humillaciones, agravios y avasallamientos de la más variada índole (violación al derecho fundamental a no ser discriminado y/o afectación de su dignidad humana), lo que potencia notoriamente las consecuencias derivadas de tan repudiados actos por el abuso de la posición dominante.

También se incrementan los efectos cuando quien sufre este tipo de prácticas pertenece a dos categorías vulnerables, es decir, se ve expuesto/a a discriminaciones múltiples²¹. Por ejemplo, si quien sufre alguna forma de violencia es mujer y además con responsabilidades familiares a su cargo, o es pobre²²; o tiene una orientación sexual que no responde a los parámetros “socialmente aceptados” y es pobre, o de una raza o nacionalidad diferente a la de la “mayoría”, sin duda alguna tendrá menos posibilidades -en términos económicos, culturales, sociales, afectivos, entre otros- para afrontar semejante agresión y las consecuencias probablemente serán más graves.

No resulta ocioso recordar que en toda conducta discriminatoria hay implícito un prejuicio segregacionista; es decir, consciente o inconscientemente, quien discrimina

de asegurar las condiciones que lo eviten, no puede limitarse a argumentos vinculados al ejercicio de derechos. Este tipo de respuestas no resultan suficientemente receptivas del verdadero problema que subyace al del trato discriminatorio y que es el de la exclusión de aquellos que resultan ser diferentes desde el punto de vista de la mayoría o cultura dominante. Un argumento fundado solamente en la posibilidad de goce igual de los derechos individuales no logra dar respuesta al objetivo central de las cláusulas antidiscriminatorias, que consiste en la necesidad de inclusión de las minorías en el funcionamiento de un sistema democrático...”.

¹⁹ DOBARRO, Viviana Mariel-DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La discriminación en el ámbito laboral, Primera Parte”, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, noviembre de 2004, Nro. 231, pág. 1067; DOBARRO, Viviana Mariel, “Reflexiones sobre cuestiones de género en el ámbito laboral. Estado actual, avances, temas pendientes y desafíos (Primera Parte)”, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, mayo de 2012, Nro. 321, pág. 475.

²⁰ En la Resolución Nro. 5/2007 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, por la cual se dispuso la creación de la oficina de asesoramiento sobre violencia laboral y las funciones a su cargo, en los considerandos se calificó a la problemática que nos convoca también como un “flagelo del siglo XXI” y se explica que “... estas conductas adquieren la forma de acoso moral o psicológico que, en el mundo del trabajo, se manifiestan como abuso de poder para doblegar la voluntad del otro, mediante el empleo de la fuerza física, psicológica, económica y política. Que con ello no sólo se atenta contra la integridad del trabajador en su marco de desempeño, llegando al extremo de provocar su renuncia y/o enfermedad, sino que, obviamente, tales graves consecuencias repercuten en sus otros ámbitos de pertenencia y en su propio entorno familiar”.

²¹ La O.I.T., en Oficina Internacional del Trabajo, OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 2003, define la cuestión en los siguientes términos: “Muchas personas son víctimas de una discriminación múltiple. Los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, se encuentran entre los más pobres entre los pobres, y las mujeres de estos grupos se ven incluso más gravemente afectadas. La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan depende del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que éstas actúan entre sí. Una persona, por ejemplo, puede tener varias características que generan discriminación. Existe una tendencia a que las personas pobres, particularmente quienes sufren una pobreza crónica y quienes se encuentran en el sector de la economía informal, sean víctimas de varias formas de discriminación”.

²² DOBARRO, Viviana Mariel, “La ley 26.485 y la protección integral de las mujeres. Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (Primera Parte)”, cit., págs. 955 a 981.

lo hace por considerar a la otra persona inferior en virtud de su pertenencia a una específica categoría o por tener ciertos caracteres ²³.

Los prejuicios ²⁴ -usualmente- surgen a partir del desconocimiento o la ignorancia respecto del “otro”, lo que lleva a que se le adjudiquen determinados rasgos “distintivos” generalmente exagerados o erróneos, que al generalizarse contribuyen a la conformación de estereotipos.

Los prejuicios y los estereotipos -luego- pueden originar la marginación o segregación derivada de suponer que tiene las mentadas características, costumbres o rasgos distintivos.

Párrafo aparte merece el análisis del uso del lenguaje ²⁵ y los innumerables estereotipos que a través de la palabra se van reproduciendo socialmente y, en esta línea, cabe remarcar la importancia de la lengua hablada en las relaciones interpersonales, en las de poder y, finalmente, en la reproducción de patrones culturales que se transmiten a la descendencia; aspecto que se constata particular y llamativamente en las cuestiones de violencia o discriminación fundada en razón del género.

La cuestión relativa a la importancia de los prejuicios y estereotipos de género y su difusión y reproducción en el ámbito familiar, educativo y social, ha sido profundamente abordada por la Convención contra la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer ²⁶.

²³ KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, cit., pág. 287, SABA, Roberto P., “Discriminación, trato igual e inclusión”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales*, cit., pág. 561. DOBARRO, Viviana Mariel, “Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo”, cit., p. 734.

²⁴ KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, cit., págs. 46 y 47, explica que “...a) Los prejuicios traen consigo ventajas y beneficios materiales, son buenas excusas para que una persona trate de dominar políticamente a otros o a explotarlos económicamente. b) La asociación antropomórfica de lo oscuro con el miedo y el misterio, y de lo claro con todo lo que es admirable y bueno. El enfoque antropomórfico nos da una idea de la psicología del inconsciente. c) La tendencia social llamada etnocentrismo o centrismo de grupo, la cual incluye la opinión de que las idiosincrasias, las costumbres, la cultura, las ideas, los modales, los sentimientos y la conducta práctica prevalecientes en el grupo al que se pertenece son notablemente superiores, o mejores, o más verdaderas, de los que prevalecen en cualquier otro grupo. d) La migración de un grupo visiblemente diferente a una zona dada es una causa de tensión racial. Muchas veces los inmigrantes sufren de intolerancia. e) Una de las condiciones para que nada se sepa de un grupo de personas es el aislamiento social, que puede ocurrir incluso cuando hay un contacto considerable. A veces, algunas personas viven puerta por medio o trabajan juntas, pero nunca llegan a conocerse como seres humanos. La segregación social y la segregación física son factores concomitantes del prejuicio. Se cuentan entre los efectos de éste lo mismo que entre las causas, pues promueven la ignorancia, y ésta, a su vez, refuerza aun más al prejuicio. La ignorancia entre las masas del pueblo -tanto las del grupo racial dominante como las del grupo no dominante- permite a quien propugna la explotación económica y la dominación triunfar más fácilmente. Si un grupo de personas sabe poco o nada de otro grupo o tiene creencias erróneas o infundadas acerca de él, es más susceptible a las peticiones disfrazadas que le formula un explotador. El prejuicio casi siempre va acompañado de opiniones incorrectas o mal fundadas respecto de las personas contra quienes se experimenta. Muchas de las falsas opiniones toman la forma de lo que los sociólogos llaman ‘estereotipos’. Cuando existen ‘estereotipos’ no se juzga al individuo por sus propias características, sino sobre la base de opiniones exageradas y distorsionadas respecto de lo que se estima ser las características de su grupo. Se supone falsamente que todos los miembros del grupo son semejantes, y se pasan por alto las excepciones o se niega su existencia. Los estereotipos asumen formas extrañas. Ordinariamente son desfavorables para el grupo subordinado, pero no siempre...”.

²⁵ DOBARRO, Viviana Mariel, “Reflexiones sobre la no discriminación y el trato igual, con especial referencia al ámbito laboral: Normativa vigente y tendencias jurisprudenciales”, cit.

²⁶ Obsérvese, a guisa de ejemplo, lo que consagra el Preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: “Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y la familia” y, en especial, el art. 5 en cuanto prevé que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...”.

No estamos frente a un fenómeno surgido en estos tiempos, muy por el contrario, los estereotipos de género responden a prácticas sociales y culturales que datan de varios siglos de antigüedad y que -como ya se ha dicho- se han ido reproduciendo de generación en generación hasta nuestros días ²⁷.

De hecho, ya desde sus prólogos, tanto la Convención contra la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, ponen de manifiesto la necesidad ineludible de abordar el problema de los estereotipos y de los roles tradicionales en la familia, para poder avanzar en relaciones más igualitarias. Estos aspectos han sido retomados en el ámbito interno, tanto por la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones interpersonales, como por su decreto reglamentario 1011/2010 ²⁸.

A esta altura se impone distinguir los conceptos de “sexo” y “género”.

Sobre el punto, decía Simone DE BEAUVOIR ²⁹, “no se nace mujer; se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto...”.

En efecto, el concepto de género -comprensivo de ambos sexos- consiste en una construcción social que se genera, se mantiene y se reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura.

Alda FACIO ³⁰ define el concepto de género en el sentido de “gender” o género sexual, como aquellas características, roles, actitudes, valores y símbolos que son impuestos dicotómicamente a cada sexo a través de la socialización y que nos hacen creer que los sexos son diametralmente opuestos. En definitiva, se trata de una construcción social.

En palabras de Pierre BOURDIEU, las apariencias biológicas y los efectos indudablemente reales que ha producido, en los cuerpos y en las mentes, un prolongado trabajo colectivo de socialización de lo biológico y de biologización de lo social, se conjugan para invertir la relación entre las causas y los efectos y hacer aparecer una construcción social naturalizada (los géneros en cuanto que hábitos sexuales) como el fundamento natural de la división arbitraria que está en el principio tanto de la realidad como de la representación de la realidad que se impone a veces a la propia investigación ³¹.

Esta construcción simbólica que en las ciencias sociales se denomina género, reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. O sea, mediante el proceso de constitución del género, la sociedad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que se supone es “propio” de cada sexo.

²⁷ Como dice maravillosamente Joan Manuel SERRAT en *Esos locos bajitos*: “... con la leche templada y en cada canción...”.

²⁸ Para un mayor análisis sobre el tema de los estereotipos y patrones socioculturales puede consultarse DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La violencia de género contra las mujeres y la influencia de los patrones socioculturales”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley Año 4, Nro. 1, enero/febrero de 2012, pág. 8 y sigs.

A modo de ejemplo, el Preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer indica: “Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y la familia”. Luego el art. 5 establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; ...”.

²⁹ BEAUVOIR, Simone de, *El segundo sexo*, Aguilar, Madrid, 1981, p. 247.

³⁰ FACIO, Alda, *Antología Módulo 1. Aspectos básicos género y violencia*. Material entregado por gentileza de la autora en un curso sobre perspectiva de género de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³¹ BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, cit., pp. 13 y 14.

Un desarrollo más equitativo y democrático del conjunto de la sociedad requiere la eliminación de los tratos discriminatorios contra las mujeres, sometidas a condicionantes que no son causados por la biología, sino por las ideas y prejuicios sociales, que están entrelazadas en el género. Es decir, por el aprendizaje social ³².

Ahora bien, como expresa Diana MAFFÍA ³³, la atribución de características dicotómicas a cada uno de los sexos podría no ser un problema de discriminación contra las mujeres, si las características con que se define actualmente a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitimaran la subordinación del sexo femenino, y no construyeran lo masculino como el referente de todo lo humano. Señala en este sentido Alda FACIO ³⁴, que a los hombres se les asignan las características, actitudes y roles que la sociedad más valora y que además son las que se asocian con lo humano, mientras que a las mujeres se le asignan las características, actitudes y roles menos valorados y que además son los más asociados con la vida animal.

Con relación a los estereotipos de género y su conformación se ha sostenido que “No puede decirse que la historia ignorara a las mujeres, sino que apenas justipreció su participación más allá de los círculos domésticos y de la esfera de la intimidad. Nuestros historiadores fundacionales pudieron vislumbrarlas como cooperantes y aun como partícipes decisivas en situaciones de crisis y de riesgo colectivo, pero prevalecieron los signos de una identidad femenina bien conocida hasta nuestros días: se atribuía a las mujeres la debilidad física, intelectual y moral, así como exceso de sentimentalismo. Las funciones fundamentales de la maternidad y el cuidado de la familia, que se creían constitutivos de la esencia femenina, la eximían del ejercicio de otras responsabilidades. Estas tareas eran incompatibles con las rudas responsabilidades de la “cosa pública”, cosa de hombres en todo caso. ...la consolidación del estereotipo femenino es una de las contribuciones del siglo XIX... Desde luego, construir el estereotipo femenino significó al mismo tiempo la invención de la masculinidad. La condición de los varones resultó indiscutiblemente aventajada, puesto que se les reservó la creación de los elementos fundamentales de la cultura, el trazado de las instituciones, las decisiones de la gobernabilidad, el ejercicio de la ciencia, en suma, las múltiples experiencias de realizaciones trascendentes y de poder. Los varones se impusieron el control de los sentimientos; amortiguaron las emociones y se convencieron de su exclusiva aptitud para lidiar con la razón y el entendimiento. Forjaron el arquetipo de la obligación productiva, de la gestión económica a su entero cargo, deviniendo así protectores materiales de la familia, al mismo tiempo que proveedores de las matrices morales al uso...” ³⁵.

Por otra parte, es este reparto de roles, mujeres destinadas al “ámbito de lo privado”, hombres destinados al “ámbito público” -fundamentalmente al “manejo de la cosa pública”-, lo que explica el marginamiento de las mujeres de la historia argentina y mundial, es decir, allí se encuentran las razones por las cuales tenemos tantos “próceres”, “líderes revolucionarios” y “dirigentes sociales y políticos” en el relato histórico y escasas menciones a las mujeres y su protagonismo en las gestas revolucionarias, independentistas y en los procesos de organización de los Estados. Ahora bien, como dice la canción “... si la historia la escriben los que ganan, eso quiere decir que hay otra historia, la verdadera historia...” ³⁶.

También se verifican prejuicios y estereotipos de género en el acceso a los cargos de conducción y dirección en los partidos políticos, asociaciones sindicales, asociaciones

³² LAMAS, Marta, “La perspectiva de género”, en Revista de Educación y Cultura, en el sitio <http://www.latarea.com.mx>.

³³ Extractado de la exposición de la Dra. MAFFÍA, incluida en el material elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la realización de los “Talleres para una Justicia con Perspectiva de Género”.

³⁴ FACIO, Alda, *Antología Módulo 1. Aspectos básicos género y violencia*, cit.

³⁵ BARRANCOS, Dora, *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 2007, pág. 11 y sig.

³⁶ “Quien quiera oír que oiga” de Eduardo Mignona y Litto Nebbia.

y entidades de diferente índole, incluso al puesto de trabajo. Frecuentemente se alude a “trabajos de hombres” y “trabajos de mujeres”, a la mayor aptitud para tomar “decisiones” en los hombres y la mayor “sensibilidad” de las mujeres, o a las menores posibilidades de dedicarse al “trabajo” por tener que ocuparse de las tareas hogareñas y de sus hijos y cónyuge o a la “ineptitud”, por ejemplo, para manejar ³⁷.

Estas consideraciones son igualmente aplicables a los prejuicios y estereotipos que se encuentran presentes en determinados ámbitos laborales y que se vinculan con las situaciones de acoso sexual. Así, si bien el acoso sexual no se verifica exclusivamente con relación a las mujeres, es decir no se trata de una práctica que tenga como sujeto pasivo únicamente mujeres, lo cierto es que es más frecuente que así sea.

Además, determinadas prácticas vinculadas con el acoso sexual -aunque más no sea el leve o el verbal- tienen un impacto diferente en el resto de la comunidad laboral, se interpretan y valoran de manera distinta, según se dirijan hacia una mujer o hacia un hombre. Por ejemplo, si comparamos el impacto y repercusión que en el ámbito laboral tiene si el empleador o superior jerárquico le formula a una empleada sugerencias, proposiciones o comentarios aludiendo a su apariencia física o con connotación sexual, con el que tiene si en la misma práctica incurre una mujer con relación a un empleado varón; y ni qué hablar si el/la superior jerárquico/a efectúa esos mismos comentarios, sugerencias o proposiciones con respecto a un/a empleado/a de igual sexo. Seguramente el primero de los supuestos mencionados tendrá un impacto menor, socialmente será menos condenado que los restantes. Probablemente el primer caso motive bromas o sea festejado o aplaudido por el resto del ambiente laboral, más aun si la “empleada” en cuestión -sujeto pasivo del acoso- es bonita o se viste provocativamente, supuesto en el que hasta es posible que socialmente se la condene a ella o se le atribuya “haberlo provocado”. En cambio, en los otros supuestos sin duda alguna el reproche social o los comentarios que esas prácticas motiven entre el resto de los que integran el ámbito laboral serán de mayor dureza con respecto a quien cometa la práctica.

Vale decir, las conductas de índole persecutorias, de hostigamiento o de acoso sexual en las que incurra un superior jerárquico hombre con respecto a una mujer son vistas con mayor naturalidad, o justificadas -en ocasiones- en la provocación por parte de la empleada y en algunos ámbitos hasta aplaudidas; mientras que si en ellas incurre una mujer o alguien con una orientación sexual diferente a la mayoritariamente aceptada son socialmente condenadas y repudiadas. No hay otra explicación para ello que los prejuicios y estereotipos imperantes en la materia en el ámbito laboral, especialmente los vinculados con el género o la orientación sexual.

Estas conclusiones son corroboradas por todo lo sucedido en torno al caso de la jueza chilena a la que la Justicia de su país le quitó la tenencia de sus hijas menores de edad por razones que estaban estrictamente vinculadas con su orientación y con los estereotipos imperantes en la materia, tal como recientemente resolvió la Corte Interamericana de Justicia.

Así, dicho tribunal, en la sentencia dictada el 24 de febrero de 2012 sostuvo que “... La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia... Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de

³⁷ DOBARRO, Viviana Mariel, “El derecho fundamental a no ser discriminado y las facultades del empleador en materia de selección de personal”, nota a fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala V, “Sisnero, Mirta Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante, Sandra; Fundación Entre Mujeres c. Tadelva S.R.L. y Otro”, 18/11/09, Revista Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Nro. 2010-II, páginas 196 a 212.

la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de su orientación sexual”.

Concidimos con DEL MAZO ³⁸ y MAFFÍA ³⁹ en cuanto a que el problema del patriarcado no son los varones, son las relaciones de poder. Tanto varones como mujeres pueden tener una concepción patriarcal del poder y en función de ella, ejercer relaciones de subordinación, de sometimiento; las va a naturalizar y va a ser rígido en los roles sociales. Eso no tiene que ver con cuestiones biológicas. Hombres y mujeres pueden tener o no tener mentalidad patriarcal. De allí que si queremos tener relaciones sociales más justas y equitativas; en definitiva, si pretendemos incorporar una perspectiva de género, debemos entrenarnos para esa nueva situación.

Evidentemente, hay tanto de cultural en el trato discriminatorio y también -sin duda alguna- en el acoso en el ámbito laboral, están tan internalizados en la sociedad algunos prejuicios o estereotipos que resultan muy difíciles de remover o abrogar y es por ello que los avances en la materia suelen ser muy lentos.

III. Derechos Humanos. Revisando la historia

Para una mayor comprensión de la estrecha vinculación entre los derechos fundamentales de la persona humana y el concepto de dignidad humana, así como para entender por qué la discriminación y la violencia laboral implican una violación a la dignidad y los derechos fundamentales de la persona humana, previo a todo queremos hacer un brevísimo recorrido por algunos hitos significativos en la materia.

Por una parte, recordar que la promoción y protección de los derechos humanos ha sido una de las mayores preocupaciones para las Naciones Unidas desde 1945, fecha en la cual los países fundadores de la organización, acordaron impedir que los horrores de la Segunda Guerra Mundial se reproduzcan.

Tres años después, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General estableció que el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona humana “son los fundamentos para la libertad, justicia y paz en el mundo”.

En 1950 la Asamblea General invitó a todos los Estados miembros y a las organizaciones interesadas a que observaran el 10 de diciembre de cada año como Día de los Derechos Humanos.

En el día de los Derechos Humanos se conmemora el aniversario de la aprobación de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” por la Asamblea General en 1948. Con el transcurso del tiempo, se han desarrollado un conjunto de instrumentos y mecanismos para asegurar la primacía de los derechos humanos y para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos dondequiera que ocurran. Sin perjuicio de los numerosos instrumentos adoptados en la materia, la “Declaración Universal de Derechos Humanos” se erige como el “ideal común” de todos los pueblos y naciones.

En lo que aquí particularmente nos concierne debemos mencionar que la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer fue

³⁸ DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La violencia de género contra las mujeres y la influencia de los patrones socioculturales”, cit., pág. 8 y sigs.

³⁹ MAFFÍA, Diana, Video incluido en el material elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la realización de los Talleres para una Justicia con Perspectiva de Género.

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y recién entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981.

Corresponde destacar que en el ámbito del Derecho Internacional -y especialmente desde los organismos internacionales- se ha sostenido, ya a partir de sus primeros instrumentos, una política clara, concreta y continuada en procura de la defensa y aseguramiento del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos fundamentales de la persona humana, sin distinción alguna.

Pues bien, dicha política se ha ido construyendo y desarrollando como respuesta, o al influjo, de distintos fenómenos políticos y sociales (guerras mundiales, gobiernos totalitarios o autoritarios, nazismo, *apartheid*, etc.). Al punto que hoy resulta indiscutible la íntima conexión existente entre la no discriminación, la igualdad de trato y los derechos inalienables del hombre, con fundamento en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos; lo que se ha plasmado en el texto de numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales⁴⁰.

En definitiva, desde los sucesos señalados han transcurrido 65 años y la Humanidad todavía tiene deudas pendientes en la materia y persisten flagrantes violaciones a los derechos humanos -en particular de las mujeres- a lo largo y a lo ancho del planeta.

IV. La dignidad de la persona humana y su protección en el Derecho Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos

La dignidad humana es propuesta por alguna doctrina como un “derecho personal”; por otro sector como un “principio”; y no faltan quienes la consideran la “fuente” de la cual derivan todos los derechos personales⁴¹.

La dignidad humana es inherente a la persona humana, es decir que pertenece a su esencia y no existe persona alguna que carezca de dignidad. Es el fundamento de los derechos humanos.

La dignidad no se encuentra mencionada, ni como derecho ni como principio en el texto histórico de nuestra Constitución, pero nadie duda que está incluida dentro de las previsiones del art. 33 C.N. No obstante ello, y con específica referencia al ámbito laboral, cabe remarcar que el art. 14 bis C.N. alude a las “condiciones dignas y equitativas de labor” y pone de resalto la importancia que la dignidad de la persona que trabaja tiene para nuestra materia. El Derecho del Trabajo nació estrechamente vinculado a la necesidad de revalorizar a la persona que trabaja y reconocer especialmente su dignidad.

Por su parte, el art. 19 C.N. referido al derecho a la intimidad reservado a la persona humana, según BIDART CAMPOS⁴², traza una línea divisoria: a) cuando una conducta no daña directamente de ningún modo al orden, a la moral pública, o a terceros, pertenece a la privacidad personal y se retrae a toda injerencia ajena; b) cuando causa aquel daño, ya no es acción privada y queda sometida a la jurisdicción estatal. El mismo art. 19 C.N. guarece la intimidad, prevé el resarcimiento del daño por las conductas que lo causan en perjuicio de terceros.

⁴⁰ Al respecto se puede consultar el relato que efectúa PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Bs. As., 1997, págs. 1a 31. También a TRAVIESO, Juan Antonio, en *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, Editorial Universitaria de Bs. As., Eudeba, Bs. As. 1996, págs. 13 a 22. GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., en *Los Derechos Humanos y las Garantías*, Ed. Zavallia, Bs. As., 1988, en las págs. 21 a 28 hace una pormenorizada descripción de la evolución histórica que se ha experimentado en materia de derechos humanos. En tanto que con especial referencia a la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito laboral, puede consultarse a VON POTOBOSKY, GERALDO W.-BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., en la obra *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, págs. 3 a 9.

⁴¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I-B, Nueva edición ampliada y actualizada al 1999-2000, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pág. 284.

⁴² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., pág. 53.

Al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros en los casos “Gunther, Fernando R. c/Estado Nacional” (5/8/86) y “Santa Coloma, Luis I. y otros c/Ferrocarriles Argentinos” (5/8/869), el art. 19 C.N. confiere arraigo constitucional al principio que prohíbe causar perjuicio a los derechos de terceros y que el principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

En tanto que todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se estructura en torno a la tutela y pleno respeto de la dignidad humana ⁴³ y de allí se deriva el postulado “...todas las personas somos iguales en dignidad y derechos...”.

Son innumerables las definiciones que se han dado acerca de los derechos humanos. En nuestro análisis partiremos de la desarrollada por el doctor Germán J. BIDART CAMPOS, cuya obra y aporte trasciende su desaparición física. En tal sentido, definía a los derechos como las facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres. Los derechos que se consideran inherentes al hombre por su calidad de persona se denominan, tradicionalmente, derechos naturales del hombre y, también, derechos personales o derechos humanos ⁴⁴.

Cabe memorar que “...Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El respeto del principio de no discriminación es otro de los aspectos fundamentales para la protección y la promoción de los derechos humanos. En función

⁴³ Ejemplo de ello es el documento elaborado en la *IX Conferencia Internacional Americana* (Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948), por la que se acordó adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la que se sostuvo que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad. Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”. Asimismo en la mencionada *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, el Preámbulo contempla que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. En similar sentido, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su Preámbulo expresa que “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres...”. Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su pertinente Preámbulo, establece que “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...”. A su turno, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en el Preámbulo, prevé que “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables...”. Finalmente, y sólo haciendo una enumeración ejemplificativa, recordamos que la *Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* estipula que “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo, ... Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana...”.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., Tomo I, pág. 211.

de ello, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. La igualdad es una condición indispensable para el ejercicio de los derechos, pues, si arbitrariamente se denegase a una persona el goce de algunos de ellos, se incurriría en un trato discriminatorio, a la par que se estaría violando la obligación de respetar el derecho en cuestión. El principio de no discriminación impone que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias... La noción de igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad...”⁴⁵.

De allí que al hablar de “derechos humanos” se aluda a los propios de cualquier ser humano, por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad de que se trate, de lo que se desprende la universalidad de la noción y su titularidad acotada a la persona física, sin distinción alguna.

Señala GIALDINO⁴⁶ que la grandeza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más allá de las limitaciones de algunos de sus instrumentos, radica en haber puesto como eje de todo sistema de derechos, libertades y garantías a la dignidad de la persona humana, o, si se quiere, a la persona humana según su naturaleza propia, según la esencia que le es propia. La dignidad, por ende, no es predicable del modo en que lo es el merecimiento por una obra o conducta particular, como si fuera algo que deba ser alcanzado o justificado por una persona. No es un obsequio o recompensa. Para ser digno, le basta con su sola hominidad. No es el *homo faber*, el *homo economicus* u otra especie inhallable lo que ha ocupado la plaza central del sistema jurídico, sino la persona humana en toda su extensión y hondura.

La evolución del pensamiento jurídico, plasmado en gran medida en disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha avanzado de la noción de “igualdad de trato” a la de “igualdad de oportunidades”, en el convencimiento de que de nada sirve reconocer una cantidad de derechos, si luego hay quienes no pueden siquiera acceder a su ejercicio porque se encuentran en una situación de notable desventaja por pertenecer a categorías históricamente marginadas o segregadas.

Es en pos de paliar o corregir esta “desigualdad de origen” y facilitarles el acceso a ciertos ámbitos a los que de otra forma no podrían llegar, que han tomado impulso las “medidas o políticas de acción positiva”, denominadas también de “discriminación inversa”, o “*affirmative action*”⁴⁷.

La acción positiva se pone en práctica a través de un conjunto de disposiciones que, partiendo de un trato diferenciado de determinados grupos, persigue como objetivo la consecución de la igualdad real y efectiva entre ellos y el resto de la comunidad. Tales políticas requieren temporalidad, pues al momento en que se logre la nivelación perseguida se las debe abandonar, para que su prolongación en el tiempo no se torne discriminatoria respecto de los demás sectores de la sociedad -cuestiones sobre las que hemos profundizado en otras ocasiones⁴⁸-.

También debemos mencionar que en los orígenes de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra presente la lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona que trabaja; meta que se fue plasmando -con diferentes alcances- en los más

⁴⁵ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Los Derechos Humanos y las Garantías*, cit., págs. 78 y 79.

⁴⁶ GIALDINO, Rolando E., “Los derechos sociales y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, Nro. 182, octubre de 2000, pág. 857.

⁴⁷ DOBARRO, Viviana Mariel, “La no discriminación y la igualdad de trato en el empleo”, Errepar, Revista Doctrina Laboral, t. X, Nro. 135, noviembre de 1996.

⁴⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, op. cit., pág. 951.

importantes documentos fúndanles ⁴⁹ y en la restante normativa de la Organización y que sigue plenamente vigente hasta nuestros días.

Finalmente, resulta evidente a esta altura de nuestras reflexiones -pero no por ello menos importante- remarcar que al referirnos a la dignidad de la “persona humana” no cabe hacer distinción alguna, vale decir es la dignidad de “todas” las personas -y en lo que aquí nos concierne- independientemente de su género.

V. De la no discriminación y la igualdad de trato, a la igualdad de oportunidades en la normativa constitucional e internacional

Los derechos que las personas ansían, quieren y exigen, deben ser firmes y susceptibles de hacerse cumplir, sin depender de la discrecionalidad de algún funcionario o de la buena voluntad de algún burócrata. Y, por eso mismo, el reclamo de derechos suele traducirse en una exigencia de ley, es decir, de reconocimiento formal de esos derechos ⁵⁰.

De allí la importancia del proceso de reconocimiento normativo, ya sea en disposiciones constitucionales, internacionales o legales, de los derechos fundamentales de la persona humana, tal el caso de lo sucedido con el de no discriminación y el de igualdad de trato y de oportunidades.

La prohibición de efectuar discriminaciones, consagrada en diversos instrumentos internacionales y en casi todas las Constituciones nacionales, tiene como contracara la obligación de dar un igual tratamiento; pautas que, como ya hemos mencionado, se fundan en la naturaleza igual de todos los seres humanos, en la dignidad y libertad inherentes a la condición de persona humana. Dicha obligación ha ido evolucionando desde la primigenia y genérica “igualdad ante la ley” hasta llegar al concepto o la garantía de “igualdad de oportunidades” ⁵¹.

De tal forma que, en las típicas Constituciones de los siglos XVIII y XIX, en consonancia con la filosofía liberal e individualista imperante en la época ⁵² el paradigma era la igualdad ante la ley.

Nuestra Constitución Nacional (texto 1853-1860), en el art. 16 recoge fielmente ese modelo al declarar que en la Nación no se admiten prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, ni hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza y, finalmente,

⁴⁹ Así, el texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919) resalta la importancia de la Justicia Social para el mantenimiento de la paz universal; para ello adquiere trascendencia: a) Mejorar condiciones de trabajo; b) Limitación de las horas de trabajo (jornada diaria y semanal); c) Contratación de mano de obra y lucha contra el desempleo; d) Garantía de un salario vital adecuado; e) Protección del trabajador contra las enfermedades sean o no profesionales y contra los accidentes de trabajo; f) Protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres; g) Pensiones de vejez y de invalidez; h) Protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero; i) Reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor; j) Reconocimiento del principio de libertad sindical; k) Organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; l) Importancia de un trabajo realmente humano a nivel mundial. Por su parte, la Declaración de Filadelfia de 1944, reafirmó los principios fundamentales sobre los que se basa la Organización: El trabajo no es una mercancía; La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; La lucha contra la necesidad debe ser incesante en cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el que los representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los gobiernos participen en un pie de igualdad, mediante discusiones libres y democráticas, a fin de promover el bienestar común. Finalmente, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales (junio de 1998), estipula el compromiso de los Estados de respetar, promover y hacer realidad, independientemente de la ratificación de los Convenios pertinentes, los siguientes principios: La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; La libertad sindical; La eliminación del trabajo forzoso; La eliminación del trabajo infantil.

⁵⁰ GRAÑA, Eduardo-ÁLVAREZ, César, *Principios de Teoría del Estado y de la Constitución*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2003, 1ª ed., pág. 139 y sigs.

⁵¹ Sobre esta evolución del concepto se puede consultar el relato efectuado por KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, cit., págs. 114 a 127.

⁵² Filosóficamente inspiradas en los postulados centrales de la Revolución Francesa “Libertad-Igualdad-Fraternidad”.

consagrar la igualdad ante la ley, la idoneidad como única condición para el acceso a los cargos públicos y la igualdad como base del impuesto y las cargas públicas.

Asimismo, otra disposición que recoge las ideas imperantes en la época con relación a la problemática de la desigualdad de trato es el art. 15 en lo relativo a que en la Nación Argentina no hay esclavos, los pocos que existían -a la fecha de la Asamblea Constituyente- quedan libres desde la jura de la Constitución; todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen y el escribano o funcionario que lo autorice; y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan en la República quedan libres por el solo hecho de pisar su territorio.

Un aspecto que tuvo especialmente en cuenta el legislador constitucional, que también se enrola en el modelo de desarrollo social y económico propio de la época (1853-1860), se refiere a los extranjeros y la generosa invitación a que se radiquen en nuestras tierras. Así, no podemos omitir el Preámbulo de la Constitución Nacional que propicia que los objetivos proclamados sean "...para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino...", el art. 14 que consagra una serie de derechos fundamentales para "todos los habitantes" y el art. 20 que ratifica que "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...".

Finalmente, en pos de delinear las pautas constitucionales previstas en la materia y que responden a las ideas imperantes en la época, corresponde señalar que el art. 19 de la Constitución Nacional establece, por un lado, el derecho a la intimidad, pues "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados", con todas las implicancias que -hoy, en pleno siglo XXI- de ello derivamos en lo relativo al derecho a la "identidad", a ser quien autónomamente uno elija ser, a decidir sobre el propio destino y, en consecuencia, a vivir de acuerdo a las propias preferencias y efectivizando autónomamente las propias opciones de vida. Por otro, contiene el deber genérico de no dañar, el *alterum non laedere* y no podemos obviar la importancia que tiene en esta temática ya que el trato discriminatorio, en cualquiera de sus formas, trae siempre aparejado algún tipo de daño, al menos el moral derivado del avasallamiento de la dignidad propia de la persona humana⁵³.

Como se puede observar, en el paradigma imperante en la Constitución de 1853-1860 no existe referencia alguna a los derechos de las mujeres y mucho menos a las cuestiones de género y, a esta altura, resulta sobreabundante explicitar las razones.

Los mencionados postulados -fundamentalmente- en lo relativo a la igualdad ante la ley, también fueron receptados en la normativa internacional, entre otros, en el art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en mayo de 1948) y en los arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada en diciembre de 1948).

Es decir, en la filosofía imperante a mediados del siglo XIX y hasta ya entrado mediados del siglo XX, se consagra la prohibición de dañar a otro y el derecho a la intimidad, se recepciona la cuestión relativa a los iguales derechos de los extranjeros -fundamentalmente los europeos que eran a quienes se pretendía incorporar en atención a los objetivos y políticas de desarrollo perseguidos en la época- y la igualdad formal ante la ley. En tanto que los Estados y la comunidad internacional asumen el rol de meros guardianes y garantes de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos; lo que, a la postre, se advirtió insuficiente a fin de paliar las desigualdades verificables en la práctica, muchas veces consecuencia de los diferentes e inferiores puntos de partida en que se encuentran los integrantes de ciertos grupos.

⁵³ DOBARRO, Viviana Mariel-DEL MAZO, Carlos Gabriel, "Análisis de la indiscriminación y los derechos fundamentales de la persona", cit.

Avanzando en la concepción de la problemática que estamos estudiando, cabe citar la experiencia que significó enrolarnos en el modelo propio del constitucionalismo social, con la sanción de la Constitución de 1949, y luego de su derogación, con la incorporación del art. 14 bis en el año 1957.

Esta última disposición resulta un típico exponente del mencionado modelo constitucional y al referirse a la igualdad sólo lo hace en relación a la remuneración y la sujeta a la verificación de idénticas circunstancias: "...igual remuneración por igual tarea...". Este parámetro, según lo que se desprende del debate producido en el seno de la Convención Nacional Constituyente, tuvo por objeto equiparar los salarios que percibía la trabajadora mujer en relación con los recibidos por los hombres⁵⁴, pues los de aquéllas eran considerablemente inferiores a los de estos últimos, circunstancia que aún hoy en muchos ámbitos sigue vigente, pese a los avances normativos que iremos señalando. Ahora bien, en su redacción definitiva se excluyó la referencia a las desigualdades entre hombres y mujeres.

Tal motivación estaba -además- en consonancia con las directivas emitidas por la Organización Internacional del Trabajo, entre otros, en los Convenios Nro. 100 sobre la igualdad de remuneración (del año 1951 y ratificado por nuestro país en el año 1956) y Nro. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (de 1958 y ratificado por la Argentina en 1968); así como en las Recomendaciones Nro. 90 y 111⁵⁵.

Sin perjuicio de ello cabe mencionar que la previsión constitucional trascendió su primigenio ámbito y en su aplicación se la fue extendiendo a otros supuestos, además del remuneratorio.

También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscripta en 1969, que entró en vigor en 1978 y que nuestro país ratificó recién en 1984) se consagró en el art. 1 el derecho a un trato igual y en el art. 24 la igualdad ante la ley.

En realidad, como ya hemos adelantado, no podemos hablar de igualdad ante la ley cuando algunas personas, desde su origen o nacimiento, se ven sometidas a una situación distinta, generalmente de inferioridad, con relación a aquellas que por tener mayores posibilidades de acceder a los puestos o esferas del poder -de cualquier tipo que se trate-, establecen las reglas (disposiciones legales o pautas sociales).

A partir de que los Estados nacionales y los organismos internacionales tomaron conciencia de dicha situación, paulatinamente se han ido planteando un nuevo rol, más dinámico o activo, pues advirtieron la necesidad de implementar medidas concretas con el objeto de corregir las naturales desigualdades o los distintos puntos de partida de los diferentes grupos sociales -de los que dan cuenta los datos de la experiencia-. Es decir, asumir medidas que -en la práctica- conduzcan a una igualdad real de oportunidades de goce y ejercicio de los derechos humanos.

En tal sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado en diciembre de 1966), dio un paso más en la cuestión y estableció, por ejemplo, en los arts. 2, 3 y 7, que los Estados Parte en dicho pacto se comprometen a adoptar medidas concretas tendientes a garantizar la igualdad en el goce de los derechos sociales, económicos y culturales allí reconocidos, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición

⁵⁴ BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I, cit., pág. 401, explica que "...El derecho de percibir igual remuneración por igual tarea tiene una *ratio* histórica en su formulación, dentro de las convenciones internacionales que lo han acogido, y del derecho comparado. La equiparación tendió a eliminar los salarios inferiores por razón de sexo, o sea, a obtener la misma paga para el hombre y la mujer cuando realizaban el mismo trabajo...".

⁵⁵ VON POTOBOSKY, Geraldo W.-BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, cit., págs. 379 a 389, reseñan los antecedentes y experiencias considerados por la O.I.T. respecto a las desigualdades remuneratorias entre hombres y mujeres, imperantes al momento en que se elaboraron los Convenios que rigen en la materia.

social, entre otros los derechos vinculados con el ámbito laboral, las condiciones de trabajo, la remuneración y la igualdad de oportunidades para ser promovido.

Mientras que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (también aprobado en diciembre de 1966), en los arts. 2, 3, 24, 25, 26 y 27, se consagra respectivamente el compromiso de los Estados Parte de asegurar a todos los individuos el goce de los derechos establecidos en el pacto sin discriminación fundada en razones como la raza, religión, color, sexo, idioma, opinión política, entre otras; el compromiso de adoptar las medidas oportunas para dictar disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos; se estipula el compromiso de los Estados de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el ejercicio de derechos civiles y políticos; además se consagra la igualdad ante la ley y una protección especial para los niños frente a conductas discriminatorias fundadas en motivos como los indicados precedentemente, así como una tutela específica para las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.

Asimismo, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 2, se estipula el compromiso de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y asegurar su aplicación a cada niño, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de sus padres o representantes legales; debiéndose asumir las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Párrafo aparte merecen la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, al igual que en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en cuanto se refieren íntegramente a la problemática discriminatoria y a la lucha contra ella y, además, establecen que los Estados Parte están obligados a adoptar medidas especiales tendientes a asegurar el progreso en materia de igualdad de género y racial.

En la temática que hoy nos convoca, cabe señalar que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el art. 4, preceptúa que "...La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

También se habla de "igualdad de oportunidades" en los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo, organismo que -desde su creación a la fecha- lleva adelante una incansable acción en la promoción y salvaguarda de los derechos humanos, especialmente el de la igualdad; actuación que se ha exteriorizado, principalmente, a través de la adopción de convenios y recomendaciones en los que se definen derechos y políticas a llevar a cabo ⁵⁶.

En la Constitución de la O.I.T., tal como había sido originalmente adoptada en 1919, se establece como de "especial y urgente importancia" el principio de salario igual, sin distinción de sexo, para trabajos de igual valor (art. 41).

Luego, en la Declaración de Filadelfia, de 1944, incluida como Anexo de la Constitución de la O.I.T., se proclamó como principio fundamental que "...todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condición de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades..." (párrafo II, ap. a), estipulándose la obligación de la O.I.T. de fomentar entre las naciones programas que

⁵⁶ Véase VON POTOBOSKY, Geraldo W.-BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., op. cit., págs. 19 a 22.

permitan, entre otras cosas, garantizar igualdad de oportunidades educativas y profesionales -párrafo III, ap. j-.

En consecuencia, al hacerse miembro de la O.I.T., los Estados adhieren sin reservas a este principio fundamental y se comprometen en la difícil tarea de luchar contra la discriminación y fomentar la igualdad.

Obligación que se ha reafirmado a partir de la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de 1998, en la que en el art. 2 se declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios específicos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales: el de libertad sindical, la eliminación del trabajo forzoso, la eliminación del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Las medidas de acción positiva o afirmativa son definidas y propiciadas por el Comité de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., en un Estudio Especial del año 1996 sobre el convenio nro. 111, en términos que compartimos y que nos parecen por demás ilustrativos. "...La idea de adoptar programas o medidas correctivas o medidas positivas se basa en que... no basta con prohibir la discriminación para hacerla desaparecer en los hechos... la noción de programa de acción positiva se refiere a cualquier acción que tenga por objeto contribuir a suprimir o corregir desigualdades de hecho, poniendo a disposición de los miembros de los grupos sujetos a discriminación, oportunidades de educación y de formación comparables a las que tienen las demás categorías, así como los medios para participar en un pie de igualdad, en la vida profesional de todos los sectores de actividad y ocupaciones, y en todos los niveles de responsabilidad. A semejanza de las medidas especiales de protección o asistencia (previstas en el art. 5 del convenio), que no se consideran discriminatorias por cuanto tienen por finalidad proteger a determinados grupos vulnerables, la noción de medidas positivas designa aquellas medidas que tienen por fin promover la igualdad de oportunidades de determinados grupos sociales claramente definidos que son objeto de prácticas discriminatorias caracterizadas, medidas que son aplicables durante todo el tiempo que los grupos sociales beneficiarios no estén en condiciones de ejercer en la práctica sus derechos a la igualdad..."⁵⁷.

La reforma constitucional de 1994 se enroló claramente en esta tendencia, así: se incorporaron con jerarquía constitucional una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), en cuyo articulado se encuentran referencias concretas a esta temática.

Por otra parte, el art. 37 C.N. consagra la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, lo que se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral.

En los arts. 41, 42 y 75 inc. 17 se establece la obligación del Estado de adoptar medidas de acción positiva tendientes a proteger el medio ambiente, los derechos de los consumidores y los de los pueblos indígenas.

El art. 43 incorpora al texto constitucional a la acción de amparo como una vía idónea y rápida para reclamar frente a -entre otros supuestos- las conductas discriminatorias⁵⁸.

El art. 75 inc. 19 que impone la obligación de promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones y que garantiza la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna en

⁵⁷ Oficina Internacional del Trabajo, *Igualdad en el empleo y la ocupación, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª. Sesión*, Ginebra, 1996, págs. 130 y 131.

⁵⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, "La acción de amparo y la protección de los derechos sociales (1ra. y 2da. parte)", Editorial Errepar, Doctrina Laboral, Nros. 156 y 157, respectivamente, agosto y septiembre de 1998, págs. 766 y 856 y sigs.

materia educativa y el inc. 23 que pone a cargo del Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados internacionales vigentes en materia de derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Vale decir que, de la primera garantía de igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminaciones fundadas en motivos de raza, sexo, idioma y religión, consagrada tanto en las legislaciones internas de la mayoría de los Estados como en el texto de varios instrumentos internacionales, se ha ido avanzando en ambos ámbitos hasta asumir compromisos de mayor envergadura en materia de reconocimiento, goce y ejercicio de los distintos derechos y, además, se ampliaron las razones que podrían originar distinciones arbitrarias en el tratamiento, no queridas por la comunidad internacional, y calificadas como “discriminatorias”.

Asimismo, muchos Estados, en sus legislaciones internas ⁵⁹, y algunos otros instrumentos internacionales han dado un paso más en la materia, propiciándose la adopción de medidas o planes de acción afirmativa, también denominadas *affirmative actions* o políticas de discriminación inversa.

A esta altura, no podemos obviar que, para cierta doctrina, las líneas divisorias entre una conducta discriminatoria y la obligación de garantizar la igualdad de trato, o entre esta última y las medidas de acción afirmativa, no aparecen con demasiada nitidez; y ésta sería una de las razones por las que resultarían discutibles -para tales autores- los efectos de las medidas de acción positiva ⁶⁰.

A modo de corolario, adherimos a las palabras de RODRÍGUEZ, quien sostuvo que: “...la igualdad de oportunidades significa que las oportunidades de poder, derechos y adquisición deben ser iguales: el poder, los derechos y las adquisiciones en sí mismas no. Por su parte, la igualdad de resultados puede implicar consecuencias diferentes en contextos diferentes...existen algunas ocasiones en las cuales la igualdad de medios y de fines convergen. Sin embargo, en muchas otras, la igualdad de medios conducirá a fines desiguales y la igualdad de fines demandará medios desiguales. Esto significa que, algunas veces, resulta necesario proveer a alguna gente con instrumentos desiguales a los efectos de garantizar una igualdad de fines. La distribución desigual

⁵⁹ En nuestro país, por ejemplo, se pueden citar la ley 24.012 de cupos femeninos en las listas partidarias y la ley 25.674 de cupos femeninos en los órganos de conducción y dirección de las asociaciones sindicales y en las comisiones negociadoras.

⁶⁰ Una síntesis de este debate puede extraerse de los conceptos vertidos por CARNOTA, Walter F., “Las medidas constitucionales de acción positiva y su incidencia en el Derecho del Trabajo”, Errepar, Revista Doctrina Laboral, Tomo X, Nro. 134, pág. 872, quien explica con relación a las medidas de acción positiva que “...Si bien no se trata de una categoría fácil de aprehender, no por ello su estudio reviste significación menor. Por el contrario, dentro de la envoltura confusa que las rodea, las acciones positivas tienen implicaciones muy prácticas, no sólo en el terreno del derecho público, sino en lo que aquí interesa, en las eventuales proyecciones que se desencadenan en el ámbito del Derecho del Trabajo. La nebulosidad conceptual que ha signado a las acciones positivas desde su misma concepción ha traído aparejado acerbas críticas acerca de su implementación en aquellos Estados en los que se legisló al respecto, a punto tal de desatar airadas controversias y debates. Empero, entre nosotros, y dada la frescura de su consagración constitucional, la discusión recién comienza, por lo que se tornan imprescindibles las conversaciones francas e intelectualmente honestas sobre el tema...”. También se refiere a esta discusión COLAULTI, Carlos E., en su obra *Derechos Humanos*, Ed. Universidad, Bs. As., 1995, pág.19, quien habla de “...La tensión entre los principios de acción afirmativa y la igualdad constituye uno de los dilemas del derecho constitucional contemporáneo...”. Por su parte, SABA, Roberto P., “Discriminación, trato igual e inclusión”, cit., pág. 563, sostiene que “...El dilema plantea la tensión entre los dos caminos posibles que la autoridad estatal puede adoptar al tener que enfrentar las diferencias. Por un lado, puede decidir aplicar un trato ‘similar’ sin tener en consideración las características del destinatario, lo cual podría ser interpretado por algunos como irrespetuoso de las diferencias y, por ende, discriminatorio. Por otro lado, el Estado puede optar por incorporar la diferencia como justificación de un trato ‘especial’. Sin embargo, este tipo de estrategia puede colocar a las personas en una situación tal que las conduzca a la exclusión o autosegregación y que, por ello, también puede ser interpretado como una forma de trato discriminatorio...”.

de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad. Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades será capaz de asegurar la igualdad de resultados...”⁶¹.

VI. La violencia en las relaciones laborales y sus vinculaciones con el derecho fundamental a no ser discriminado

Como ya hemos dicho, cualquier forma de violencia sobre la persona que trabaja, o de acto o conducta discriminatoria, implican una violación a los derechos fundamentales de la persona humana.

Coincidimos con DEL MAZO⁶² en cuanto a que “...la violencia contra la mujer no es un fenómeno aislado sino el producto de una violencia estructural que impregna todo el tejido social, en cualquier tiempo y en cualquier situación. Invisibilizar esto es negar las graves consecuencias que la violencia y la discriminación tienen en la vida de las mujeres y la responsabilidad de la comunidad internacional y los Estados miembros en su prevención, sanción y erradicación...”.

De allí que no basta condenar la violencia en sus múltiples formas, sino que es necesario que existan obligaciones concretas a cargo de los Estados, a los efectos de que adopten todas las medidas necesarias para promover relaciones más democráticas entre hombres y mujeres y remover las condiciones que permiten la reproducción de distintas formas de violencia de género contra las mujeres. Sólo una acción política que tome realmente en consideración todos los efectos de dominación que se ejercen a través de la complicidad objetiva entre las estructuras asimiladas y las estructuras de las grandes instituciones en las que se realiza y se reproduce no sólo el orden masculino, sino también todo el orden social podrá, sin duda a largo plazo, y amparándose en las contradicciones inherentes a los diferentes mecanismos o instituciones implicadas, contribuir a la extinción progresiva de la dominación masculina⁶³.

La violencia laboral doctrinariamente ha sido definida⁶⁴ como un ejercicio deliberado y abusivo del poder durante el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo, que tiene por objeto doblegar la voluntad de la persona trabajadora ya sea para que abandone su puesto de trabajo, renuncie o condicionarla para que acepte condiciones de trabajo menos favorables. En las relaciones laborales, la violencia se expresa de diferentes maneras, pero específicamente el acoso psicológico o sexual, se materializa en la comunidad laboral como un fenómeno que limita la esfera de la libertad mediante toda acción u omisión que causa graves daños en la integridad física, psíquica, moral o sexual de la persona trabajadora, a la vez que violan su dignidad y privacidad, cuyas consecuencias negativas se proyectan en la organización empresarial y en la sociedad en general.

Posteriormente analizaremos los términos en que la define la ley 26.485 con especial referencia a las mujeres.

Por otra parte cabe recordar que para aludir a este fenómeno se han utilizado las denominaciones “*mobbing*”⁶⁵, “psicoterror laboral”⁶⁶, “acoso moral”⁶⁷, “acoso inmoral”

⁶¹ RODRÍGUEZ, Marcela, *Sobre la constitucionalidad de la cuota mínima de participación de mujeres en los partidos políticos*, publicación del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, correspondiente a la materia Derechos Humanos, Cátedra Pinto.

⁶² DEL MAZO, Carlos Gabriel, “La violencia de género y la influencia de los patrones socioculturales”, cit., pág. 8.

⁶³ BOURDIEU, Pierre, cit., p.141.

⁶⁴ PASTEN DE ISHIHARA, Gloria, *Violencia en las relaciones laborales. Acoso laboral: aportes y propuestas para su prevención (Primera Parte)*, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, Nro. 237, mayo 2005, pág. 456.

⁶⁵ Palabra inglesa derivada del verbo “*to mob*”, que significa acosar, hostigar.

⁶⁶ LEYMAN, Heynz, *Mobbing. La persecution au trivial*, Ed. Du Senil, Paris, 1996, quien define el *mobbing* o terror psicológico en el ámbito laboral como “...comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera

⁶⁸; aunque los autores han formulado algunas diferenciaciones entre cada una de estas formas de violencia.

La categoría acoso laboral abarca o resulta comprensiva del acoso sexual ⁶⁹ y “se trata de un fenómeno socio laboral que, aunque conocido desde antiguo, se halla modernamente instalado en las relaciones laborales públicas y privadas, al socaire de la llamada ‘globalización’, y que hace sustancialmente, a la tutela de derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional: la integridad psicofísica y la dignidad de la persona que trabaja” ⁷⁰.

En el caso concreto del acoso sexual se trata de una forma de violencia sexual que suele presentar connotaciones tanto de violencia física como psicológica.

El acoso sexual se consume con independencia de su resultado. La negativa de la víctima no quita ilicitud a la conducta de quien acosa; y aun su aceptación bajo la fuerza de amenazas, tampoco convierte al acoso sexual en una simple “conquista”; el medio a través del cual se logró la aceptación constituye una maniobra ilícita, además de inmoral.

Tal forma de acoso, viola derechos sexuales básicos como el derecho a la libertad sexual (la posibilidad de expresar el propio potencial sexual, libres de coerción, explotación o abuso en cualquier tiempo y situación de la vida) y el derecho a la autonomía e integridad sexual y seguridad personal. Cuando esta violación a la integridad humana se da en el ámbito del trabajo -además- representa una violación del derecho a trabajar en un ambiente digno y humano, es decir, constituye una de las posibles manifestaciones de violencia en el ámbito laboral.

Por otra parte, cuando hablamos de “discriminación en la vida laboral” -sin perjuicio de las diferentes acepciones que el vocablo discriminación posee- nos estamos refiriendo ⁷¹ al trato desigual y peyorativo que, en cualquiera de las instancias del contrato, sufre el/la dependiente fundado únicamente en la pertenencia a determinado grupo o en circunstancias tales como género, religión, raza, nacionalidad, opinión política, sindical, apariencia física, orientación sexual, caracteres físicos, situación social, entre otras.

Remarcamos este último aspecto por cuanto si el trato desigual se basa en razones de tipo objetivas, es decir vinculadas con la funcionalidad, y que tengan en cuenta la mayor laboriosidad, dedicación, contracción a las tareas o eficacia nos encontramos

sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente y durante un largo tiempo. A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicósomática y social. ...Se trata de una situación... que amenaza con infligir al individuo graves perjuicios psíquicos y físicos. El *mobbing* es un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de manera aisladas, podrían aparecer anodinas o sin importancia, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos”.

⁶⁷ HIRIGOYEN, Marie France, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Ed. Paidós, Bs. As. 2000, por su parte, define el fenómeno como cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo”.

⁶⁸ PIÑUEL, Iñaki, “El *mobbing* o acoso psicológico en el trabajo”, LexisNexis On Line, Nro. 0003/011228, 05/05/2005, sostiene que “el continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con el objeto de lograr su aniquilamiento o destrucción psicológica y obtener su salida de la organización o su sometimiento a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos, o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra la dignidad del trabajador”.

⁶⁹ FANJUL, Aurelio J., “El acoso moral (*mobbing*): un nuevo riesgo en la medicina del trabajo”, Editorial La Ley, D.T. 2002-A, pág. 1155. RODRÍGUEZ SAIACH, Luis A.-KNAVS, Verónica, “Acoso moral y sexual en el Derecho del Trabajo”, La Ley, 2006-B, pág. 985.

⁷⁰ FANJUL, Aurelio J., “El acoso moral (*mobbing*): un nuevo riesgo en la medicina del trabajo”, cit., pág. 1155.

⁷¹ DOBARRO, Viviana Mariel, “La ley 26.592 y el art. 17bis L.C.T.: un retorno a los principios generales del derecho del trabajo”, Suplemento Especial sobre Recientes modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo y al régimen de jornada para directores y gerentes, ElDial.com, Biblioteca Jurídica On Line, Editorial Albremática, 23 de agosto de 2010.

frente a la única posibilidad que la normativa laboral prevé a los fines de exceptuarse del principio de trato igualitario y, obviamente, deberá consistir en un “premio o beneficio”. De allí que la discriminación, persecución u hostigamiento -desde nuestra perspectiva- implique siempre un trato peyorativo en relación a la generalidad de los/as trabajadores/as y con fundamento en la pertenencia a determinado grupo.

Tanto en el caso de la discriminación como en el del acoso en el ámbito laboral encontramos un importante componente de violencia, en el primero de ellos la propia que se deriva del avasallamiento de los derechos fundamentales de la persona y del intento de excluirla o segregarla por el mero hecho de pertenecer a una determinada categoría. En cambio, en el segundo, la que se exterioriza a través de una conducta abusiva, comportamientos, palabras, actos gestos inapropiados que tienden a descalificar, anular, desintegrar y/o desestabilizar a la persona que trabaja, con la clara finalidad de expulsarla del puesto de trabajo.

Ya nos hemos referido en el apartado II de este trabajo a las características de las relaciones de poder que se verifican entre los sujetos involucrados en una práctica discriminatoria o de violencia laboral y hemos señalado que habitualmente el sujeto activo de estas conductas abusa de su situación de superioridad y del “estado de necesidad”, “hiposuficiencia” o “dependencia” del cocontratante.

En tanto que, en los comienzos de un nuevo milenio, el curso de las conductas humanas y/o las nuevas formas de relacionarse socialmente, han dado lugar a situaciones que antaño eran desconocidas y que, de aquí en más, deberán afrontarse como probables generadoras de nuevas minorías. Por ello, desde el campo del Derecho Internacional, desde el ámbito de los derechos humanos, así como del Derecho Constitucional y del Derecho Laboral, tendrán que recibir un tratamiento y estudio específico, con el objeto de buscarles las respuestas más adecuadas. Tal el caso de quienes ya sufren, o serán objeto en el futuro, de discriminaciones o persecuciones por motivos que, dependiendo del ámbito social del que se trate, podrían fundarse en sus caracteres físicos ⁷², o en sus conductas sexuales ⁷³, o en el padecimiento de ciertas enfermedades o adicciones ⁷⁴, o encontrarse en una determinada situación económica o social ⁷⁵.

Asimismo, es la noción de “perspectiva de género” y no ya “sexo” o “protección de la mujer” la que se ha consolidado en las últimas décadas como objetivo primordial a perseguir en los estados y sociedades democráticas. En tal sentido, cabe mencionar que entre los Objetivos de Desarrollo para el Milenio (ODM) establecidos en la Cumbre del Milenio, de Naciones Unidas, celebrada en septiembre de 2000, el 3º. de ellos es “Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía” ⁷⁶. Se trata de 8 ambiciosos

⁷² Piénsese en la importancia que ha adquirido el aspecto o “imagen” externa en las últimas décadas. Por ejemplo, la problemática derivada de lo que a través de la publicidad y la indumentaria de “moda” aparecen como el peso y talla “ideal”, que -en general- poco se ajusta al promedio de la población, cuestiones que en nuestro país han alcanzado ribetes extraordinarios.

⁷³ Al respecto se puede consultar DOBARRO, Viviana M., “Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral”, La Ley, miércoles 21 de octubre de 2009, págs. 1 a 6.

⁷⁴ Tal el caso del Sida, diabetes, epilepsia, la reaparecida tuberculosis, la drogadicción, el alcoholismo o el tabaquismo, entre otras.

⁷⁵ Por ejemplo, personas en situación de calle; niños, niñas y adolescentes que trabajan; ancianos, desempleados, familias cuyos ingresos están por debajo del nivel de pobreza, analfabetos o semianalfabetos, inmigrantes, trabajadores migrantes, etc.

⁷⁶ Que se define en los siguientes términos: Objetivo 3: Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer. Meta 3.A: Eliminar las desigualdades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria, preferiblemente para el año 2005, y en todos los niveles de la enseñanza antes de finales de 2015. Indicadores: 1. Para las adolescentes de algunas regiones, hacer realidad el derecho a la educación sigue siendo una meta difícil de alcanzar. 2. La pobreza es un importante obstáculo para la educación, especialmente entre las niñas de mayor edad. 3. En todas las regiones en vías de desarrollo, salvo en los países de la CEI, hay más hombres que mujeres en empleos remunerados. 4. A las mujeres se les suele relegar a las formas de empleo más vulnerables. 5. Gran cantidad de mujeres trabajan en empleos informales, con la consiguiente falta de prestaciones y seguridad laboral. 6. Los puestos en los niveles más altos siguen obteniéndolos los hombres, la diferencia es abrumadora. 7. Las mujeres están accediendo lentamente al poder político, pero por lo general gracias a cuotas y otras medidas especiales.

objetivos que se intenta alcanzar para 2015 y se basan directamente en las actividades y metas incluidas en la Declaración del Milenio ⁷⁷.

La mayor dificultad para lograr avances frente a estas problemáticas, en nuestra opinión, se deriva de cuán enraizados estén determinados patrones de comportamiento social, cuyos efectos se potencian en la misma proporción en que aumenta la situación de desempleo, precariedad o crisis económica en que se encuentre inmersa la destinataria de estas prácticas aberrantes; ya sea que estén motivadas por la pertenencia a determinada categoría o por circunstancias vinculadas con el propio perfil psicológico de quien incurre en ellas y su necesidad de demostrar “poder”. Tanto la fuerza de las conductas socialmente difundidas como la de la “violencia” imperante en los vínculos humanos, particularmente en el ámbito laboral, atentan notoriamente contra la obtención de logros concretos en materia de eliminación de estos flagelos.

Otro aspecto común a ambos fenómenos es el abuso en el ejercicio de los denominados “poderes empresariales”. Como hemos dicho anteriormente tanto en las situaciones de discriminación como de acoso se suele verificar una relación asimétrica, en términos de “poder”, entre las personas involucradas; lo que adquiere mayores implicancias cuando -como sucede en el ámbito laboral- quien lo detenta es el/la empleador/a.

No es casual que las correcciones que jurisprudencialmente se han ido efectuando, tanto a las situaciones de discriminación como a las de violencia en el ámbito laboral, han sido tan resistidas y criticadas desde los sectores ligados a los intereses empresariales, justamente por significar -en el caso concreto- un recorte o limitación a los “poderes” empresariales. Por supuesto que mal entendidos, ya que no se puede obviar que son conferidos no como un salvoconducto para avanzar en cualquier sentido sobre la persona que trabaja en relación de dependencia, sino exclusivamente a los fines de organizar y dirigir el emprendimiento comercial.

Toda vez que no existen en nuestro sistema derechos absolutos (arts. 14 ⁷⁸ y 28 C.N. ⁷⁹) ya que cada uno encuentra su límite en el de los demás y, fundamentalmente, en el deber constitucionalmente consagrado de “no dañar” (art. 19 C.N. ⁸⁰), de la misma forma que en tantos otros ámbitos nadie duda de que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede vulnerar los de terceros ni causarles daño alguno, en el ámbito laboral dichas fórmulas también tienen plena vigencia -aunque parezca ocioso mencionarlo- y, por ende, el ejercicio de los derechos vinculados con la propiedad y la libre contratación encuentran su valla infranqueable en la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de la persona de la trabajadora; quien no se despoja de su dignidad para ingresar al ámbito laboral; muy por el contrario, lo hace con un doble orden de protección: la de los derechos fundamentales de la persona humana y la de la persona que trabaja ⁸¹.

⁷⁷ Pueden consultarse en <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>.

⁷⁸ “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ...”.

⁷⁹ “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁸⁰ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁸¹ Al respecto, resultan significativas las afirmaciones efectuadas por la C.S.J.N., en “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido”, 14/9/04: “... Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la

VII. Marco jurídico aplicable a las cuestiones de género en el ámbito laboral

Toda vez que las problemáticas de género que hemos mencionado anteriormente y las que trataremos más adelante, así como las prácticas discriminatorias o la violencia laboral significan un avasallamiento de la dignidad de la trabajadora y pueden afectar su libertad, el derecho a la salud⁸², a la privacidad, a la igualdad de trato y a no sufrir discriminaciones arbitrarias, la permanencia en el puesto de trabajo, entre otras, el marco jurídico aplicable es muy amplio. Así, debemos señalar:

En la Constitución Nacional, las disposiciones relativas a “condiciones dignas y equitativas de labor”, “igual remuneración por igual tarea” (art. 14 bis), al deber de reparar todo el daño injustamente causado o *alterum non laedere* (art. 19) y al derecho a la intimidad ya que las acciones privadas de los hombres que no afecten la moral y las buenas costumbres ni causen daño a terceros están exentas de control por los magistrados (art. 19).

También cabe mencionar, en la Constitución Nacional, el art. 37 que establece que el acceso a los cargos electivos y partidarios, para varones y mujeres, será garantizado por medidas de acción positiva en la regulación de los partidos políticos; el art. 75 incs. 19 y 23 que establece que el Congreso deberá promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones y sancionar leyes que en materia educativa garanticen la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, así como también legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos; los arts. 41, 42 y 75 inc. 17 C.N. que establecen la obligación del Estado de adoptar medidas de acción positiva con el fin de proteger el medio ambiente, los derechos de los consumidores y para tutelar los derechos de los pueblos indígenas y el art. 43 C.N. en cuanto prevé que la acción de amparo constituye una vía idónea para reclamar frente a los actos o conductas discriminatorias, legitimando para ello al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones intermedias.

En los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional encontramos las siguientes disposiciones tutelares de los bienes jurídicos ya mencionados. A guisa de ejemplo pueden mencionarse, entre otros:

-arts. 2, 5 y 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)...”.

⁸² PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., “El acoso psicológico como expresión de violencia en las relaciones laborales”, Editorial LexisNexis, Revista Derecho Laboral y Seguridad Social, Nro. 15, agosto de 2005, pág. 1175, quien expresa que “Los Estados parte en el art. 12 del PIDESC reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, norma esta última que determina las obligaciones que deben adoptar los Estados miembros para asegurar la plena efectividad de este derecho, lo que se puede alcanzar conforme la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentada en 1989 al Consejo Económico y Social, mediante la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. En la observación general citada se resalta que la persona humana tiene derecho a la salud y su ejercicio se vincula indefectiblemente con componentes integrales como el derecho a la vida, a la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad, condiciones sanas y seguras en el trabajo y en el medio ambiente y que no debe entenderse como un derecho a ‘estar sano’, sino que se refiere a la libertad del ser humano de controlar su cuerpo y su salud, con inclusión de la libertad sexual y genésica, el derecho a no padecer injerencias de terceros y la posibilidad de disfrutar del más alto nivel de salud. Particularmente, con relación al derecho del trabajo, los Estados miembros en el art. 7 del PIDESC, reconocen el derecho de toda persona trabajadora al goce de condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial condiciones de existencia digna para ella y su familia y la seguridad e higiene en el trabajo, y se consagra la obligación del Estado de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud adoptando las medidas necesarias para el mejoramiento de la higiene en el trabajo y el medio ambiente”.

- arts. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 16 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- arts. 1, 3, 5, 6, 8, 12, 13, 16, 17, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- arts. 2, 3, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- arts. 2, 3, 7, 8, 10, 14, 16, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente los arts. 1, 5 y 11;
- y los arts. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito de la O.I.T., cabe mencionar:

- el párrafo II apartado a) y párrafo III apartado j) del Anexo de la Constitución de la O.I.T.;
- el Convenio Nro. 100 (relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor) y la Recomendación Nro. 90;
- el Convenio y la Recomendación Nro. 111 (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación);
- el Convenio Nro. 155 (sobre seguridad y salud de los trabajadores);
- el Convenio Nro. 156 (sobre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares);
- y diversas disposiciones de los Convenios Nro. 82, 87, 97, 98, 122, 135, 142, 143, 156, 158 y 159 y de la Recomendación Nro. 162;
- así como también el art. 2 de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de 1998.

En cuanto a las normas que protegen especialmente a las mujeres y, toda vez que como ya hemos dicho se trata de un grupo que estadísticamente se encuentra más expuesto a diferentes formas de violencia en las relaciones interpersonales, incluida la laboral, además de la Convención contra la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, resulta de plena aplicación a la problemática en análisis la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belém Do Pará”, que no sólo se refiere a la violencia doméstica, sino también a la que se verifica en el lugar de trabajo y que fue ratificada por ley 24.632 del 9/4/96.

En la normativa nacional y específicamente la laboral, se debe mencionar en la L.C.T., las comunes a la tutela de la persona que trabaja:

- art. 4, que revaloriza la dimensión humana involucrada en el contrato de trabajo y la finalidad principal perseguida (actividad productiva y creadora del hombre en sí);
- art. 62, obligaciones genéricas de las partes;
- art. 63 deber de buena fe;
- arts. 64 y 65 poderes de organización y dirección y sus límites, fundamentalmente en lo relativo a que las decisiones empresariales deben ser razonables, estar vinculadas con la funcionalidad y, por sobre todas las cosas, no causar perjuicio ni material ni moral al dependiente;
- art. 66 *ius variandi* y sus límites, con la posibilidad de accionar judicialmente sin disolver el vínculo laboral en procura de un restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas, a través de una medida cautelar;
- Art. 75 y el deber de seguridad;
- Art. 78 y el deber de ocupación;
- Art. 81 y la obligación de dar igual trato, admitiéndose únicamente el trato desigual fundado en razones de “mejor productividad, dedicación o contracción a las tareas”;
- Art. 242 y la noción de injuria a los fines de la disolución del vínculo laboral.

Por otra parte, también debemos destacar el Título VII de la L.C.T. que se refiere al trabajo de mujeres que, como ya hemos adelantado, prácticamente circunscribe la

cuestión a la protección de las mujeres y, especialmente, en situación de maternidad (arts. 172 a 186 L.C.T.).

La ley 24.557 y la peculiar protección que frente a los riesgos del trabajo contiene para la persona que trabaja, así como las múltiples declaraciones de inconstitucionalidad que ha merecido.

Por su parte, en la normativa general y nacional cabe citar especialmente la ley 23.592 que en el art. 1 establece que "...quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar todo el daño moral y material ocasionado. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorias determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

Asimismo, en el Código Civil encontramos los arts. 954 (lesión subjetiva como vicio de la voluntad que se patentiza toda vez que alguien abusando de su situación de superioridad y, correlativamente, de la necesidad, ligereza o inexperiencia del otro contratante obtenga una ventaja patrimonial evidente, desproporcionada y sin justificación, situación que se presume cuando se verifique una notable desproporción en las prestaciones), 1071 (que sanciona el ejercicio abusivo de los derechos), 1071 bis (el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo su correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará prudencialmente el juez de acuerdo a las circunstancias del caso) y los arts. 1109 y 1113 en lo relativo a la responsabilidad extracontractual y la reparación integral del perjuicio ocasionado.

Por otra parte, no se puede soslayar que numerosos estatutos y convenios colectivos de trabajo contienen referencias a la situación de las mujeres en el ámbito laboral, aunque por su especificidad y por obvias razones de extensión de este trabajo no serán analizadas.

Finalmente, tratamiento particular merecerá la ley 26.485, en el siguiente apartado de la presente, y la violencia en el ámbito laboral.

VIII. Aspectos relevantes de la ley 26.485

En otra ocasión ⁸³ al referirnos al marco normativo aplicable respecto de la violencia en el ámbito laboral, consideraciones a las que nos remitimos en homenaje a la brevedad, concluimos que -sin perjuicio de las diferentes disposiciones constitucionales e internacionales aplicables a la problemática de la violencia en el ámbito laboral y la discriminación, así como también respecto de la protección de las mujeres frente a dichos flagelos- era necesaria una normativa específica relativa a tan repudiables actos.

Pues bien, tras múltiples reclamos y planteos provenientes de las asociaciones intermedias y de la sociedad civil y como consecuencia de la labor creativa de la magistratura que en diferentes casos concretos recurrió a la aplicación de las herramientas jurídicas más generales y a los principios rectores del Derecho del Trabajo y del Derecho de los Derechos Humanos, se ha logrado instalar la problemática en la agenda institucional y, fundamentalmente, el dictado de tan esperada norma específica.

⁸³ DOBARRO, Viviana Mariel, "La violencia en las relaciones laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Primera y Segunda Parte)", cit., Nros. 276 y 277.

El 11 de marzo de 2009 se sancionó la Ley de Protección Integral a las mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley 26.485⁸⁴.

En primer lugar cabe señalar que se trata de una ley de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, que tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres⁸⁵;
- f) El acceso a la Justicia de las mujeres que padecen violencia;
- g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

A tenor de lo preceptuado por la ley los derechos que se garantizan son los reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

En especial, se contemplan los derechos de las mujeres referidos a:

- a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones⁸⁶;
- b) La salud, la educación y la seguridad personal;
- c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;
- d) Que se respete su dignidad;
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;
- f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;
- g) Recibir información y asesoramiento adecuado;
- h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;
- i) Gozar de acceso gratuito a la Justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;
- j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;

⁸⁴ Ley que sin perjuicio de los déficits que se le pueden señalar, así como algunos aspectos que podrían perfeccionarse, consideramos mejor que el vacío normativo.

⁸⁵ Agrega al respecto el Dec. 1011/10 que se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienda a: 1) Perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros; 2) Promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas; 3) Desvalorizar o sobrevalorar las tareas desarrolladas mayoritariamente por alguno de los géneros; 4) Utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres, o con carácter vejatorio o discriminatorio; 5) Referirse a las mujeres como objetos.

⁸⁶ Según el Dec. 1011/10 se entiende por discriminación contra las mujeres a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otro ámbito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

El art. 4 de la ley define a la violencia contra las mujeres como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder⁸⁷, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Es decir, de acuerdo a la definición legal para identificar una situación de violencia contra la mujer, los elementos distintivos son:

- conducta, acción u omisión
- que de manera directa o indirecta
- en el ámbito público o privado
- basada en una relación desigual de poder
- afecte la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, o la seguridad personal
- perpetradas por el Estado o sus agentes.

En tanto que se considera violencia indirecta a:

- Conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria
- que ponga a la mujer en desventaja respecto del varón.

Quedan especialmente comprendidos en la definición precedente los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

- 1.- Física⁸⁸.
- 2.- Psicológica⁸⁹.
- 3.- Sexual⁹⁰.
- 4.- Económica y patrimonial⁹¹.
- 5.- Simbólica⁹².

⁸⁷ Agrega el Dec. Reglamentario Nro. 1011/10 que se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

⁸⁸ La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.

⁸⁹ La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

⁹⁰ Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

⁹¹ La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

⁹² La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

Resulta interesante la amplitud de manifestaciones de violencia contra la mujer contempladas por la ley y, en particular, es significativa la mención que de la violencia simbólica se hace, en alusión al fenómeno de los estereotipos y la naturalización que socialmente se suele verificar sobre cierta relación de subordinación de la mujer. Aspectos a los que nos hemos referido en múltiples oportunidades, señalándolos como la principal dificultad a superar en la lucha contra la discriminación, particularmente la fundada en razones de género. Cuestiones ellas respecto de las cuales, sin perjuicio del impacto que la legislación y la jurisprudencia tienen, son trascendentales las medidas que apunten a la modificación de patrones socioculturales de comportamiento y, principalmente, el rol de la educación, la reflexión sobre estas prácticas repugnantes y la difusión de las vías de reclamación así como las medidas de prevención.

A los efectos de esta ley, las modalidades en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos comprenden especialmente las siguientes:

- a) Violencia doméstica contra las mujeres ⁹³;
- b) Violencia institucional contra las mujeres ⁹⁴;
- c) Violencia laboral contra las mujeres.
- d) Violencia contra la libertad reproductiva ⁹⁵;
- e) Violencia obstétrica ⁹⁶.

f) Violencia mediática contra las mujeres ⁹⁷.

Nos vamos a detener concretamente en la violencia laboral contra las mujeres que es definida como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral ⁹⁸.

⁹³ Aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

⁹⁴ Aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

⁹⁵ Aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

⁹⁶ Aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

⁹⁷ Aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

⁹⁸ Según el Dec. 1011/10 se considera discriminación en el ámbito laboral cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin o por resultado provocar distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionados en la ley que se reglamenta o en cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres. En el mismo sentido, se entiende discriminatoria la exigencia, tanto sea para acceder como para mantener un contrato de trabajo, de cualquier requisito inherente a la pertenencia de género. Se entiende por derecho

Vale decir, en materia de violencia laboral contra las mujeres se pueden identificar los siguientes elementos:

- discriminación a las mujeres en el ámbito de trabajo, sea público o privado;
- obstaculización de su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el puesto;
- mediando la exigencia de requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo;
- o el quebrantamiento del derecho de igual remuneración por igual tarea o función;
- o el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

La Ley establece aspectos puntuales respecto de las políticas públicas que deberán adoptarse en cumplimiento de las obligaciones legales y de las emanadas por las normas constitucionales e internacionales.

En tal sentido se preceptúa que los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.

Para el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley se deberá garantizar los siguientes preceptos rectores:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;
- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;
- d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;
- h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

Finalmente, el Título III se refiere a los aspectos procedimentales -tanto administrativos como judiciales- y se incorporan expresamente institutos vinculados -particularmente- con la celeridad, con medidas preventivas y con la difusión y recolección de datos relativos a la materia, que -a esta altura- podemos intuir

a igual remuneración por igual tarea o función, al derecho a recibir igual remuneración por trabajo de igual valor, en los términos del artículo 7º, párrafo a) i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 11, párrafo 1) d) de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951 OIT 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Se considera hostigamiento psicológico a toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a una trabajadora, sea como amenaza o acción consumada, y que puede provenir tanto de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores. En oportunidad de celebrarse o modificarse una norma convencional, en el marco de la negociación colectiva del trabajo, las partes contratantes tomarán en consideración los principios protectorios que por razón de género se tutelan en la presente normativa legal, a fin de asegurar mecanismos orientados a abordar la problemática de la violencia en el trabajo.

resultarán de suma utilidad para corregir situaciones de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos en que ella puede verificarse, incluido el laboral, así como para implementar medidas y políticas estatales tendientes a la prevención; y a las que nos vamos a referir en la segunda parte de este trabajo.

IX. 30 años de democracia y los avances operados en materia de género en el ámbito laboral

Hace poco tiempo conmemoramos los 30 años de democracia en la Argentina y, al respecto, no podemos desconocer que más allá de las vicisitudes que hemos transitado en este período, resulta indudable el avance a paso firme por un sendero de reconocimiento y consolidación de los derechos humanos en general y, en particular, con relación a las cuestiones de género, tal como veremos más adelante.

Ahora bien, ¿qué ha sucedido en estos 30 años en materia de cuestiones de género? Algunas cosas muy interesantes han acontecido, como decía la publicidad “has recorrido un largo camino muchacha”, y agrego “pero queda mucho por andar”.

Y, aquí, parafraseando el tango cuando dice “... 20 años no es nada ⁹⁹...”, 30 tampoco si se trata de luchas como las que aquí nos convocan, si hablamos del proceso de reconocimiento de mejores derechos y, en particular, de oportunidades para ejercer esos derechos.

Tanto es así que si lo pensamos con detenimiento las mujeres no llevamos siquiera un siglo de ejercicio de los derechos electorales en la República Argentina.

Fue un 23 de septiembre de 1947, durante un acto frente a la CGT; Perón firmó el decreto presidencial que le dio valor institucional a la ley 13.030, que había sido sancionada primero en el Senado y votada favorablemente en diputados el 9 de septiembre de 1947, aunque recién se estrenó el voto femenino cuatro años después, cuando el 11 de noviembre de 1951 más de 3.500.000 mujeres votaron por primera vez en la Argentina.

Es decir fue en esa oportunidad en que “nacimos” a la vida cívica. Resulta evidente que este alumbramiento de los derechos cívicos de las mujeres, es el resultado de siglos de luchas individuales y colectivas por el reconocimiento de los derechos de las mujeres y ha implicado la aceptación y reconocimiento de los derechos más básicos que hacen a la vida “pública” de las mujeres, el voto y, por ende, la posibilidad de participar en la vida institucional a través de la elección de quienes nos representan. Es por demás evidente que éste es el “paso” más notorio del “ámbito privado u hogareño” hacia el “ámbito público”, que se exterioriza a partir de la inserción de las mujeres como protagonistas -a la par que los hombres- en el proceso de toma de decisiones respecto de los destinos de la Patria y de nuestro propio porvenir.

Retomando estos últimos 30 años y circunscribiendo el análisis al aspecto normativo de la cuestión, tal como adelantáramos en el inicio de estas notas, debemos remarcar los siguientes acontecimientos.

- La ley 23.179 (B.O. 3/6/85), por la cual el Estado argentino aprobó la Convención contra la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y mandó a depositar el instrumento de ratificación con las reservas mencionadas en el art. 2 de la ley. Cabe recordar que la Convención fue aprobada por Resolución Nro. 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 18/12/79.

- La reforma constitucional de 1994 le dio jerarquía constitucional a la Convención contra la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (art. 75 inc. 22) y también reconoció en el art. 37 y en el 75 inc. 23 el deber de adoptar medidas que garanticen la “igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios” en las regulaciones referidas a los partidos políticos y al régimen electoral.

⁹⁹ Como decía Carlos Gardel en el tango “Volver”.

- Ley 24.012, sancionada el 6/11/91, promulgada el 29/11/91 y publicada en el B.O. el 3/12/91, establece el cupo femenino en las listas de los partidos políticos.
- La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la OEA el 9/6/94, fue ratificada por la Argentina por Ley N° 24.632 del año 1996.
- La ley 25.674 fue sancionada el 6/11/2002, promulgada de hecho el 28/11/2002 y publicada en el Boletín Oficial el 29/11/2002 y prevé la participación femenina en las unidades de negociación colectiva de las condiciones laborales, en función de la cantidad de trabajadores en la rama o actividad de que se trate.
- La ley 26.485 de protección integral de las mujeres frente a toda forma de violencia en las relaciones interpersonales (11/3/09) ¹⁰⁰. Cuerpo normativo que -entre otras- expresamente contempla las situaciones de violencia en el ámbito laboral y, en particular, la discriminación por razón de género. Así como con su reglamentación por el Decreto Nro. 1011/10 del 19/7/10.
- La ley 26.618 de matrimonio igualitario, sancionada el 15/7/10 y promulgada el 21/7/10.
- La ley 26.743 de identidad de género, sancionada el 9/5/12 y promulgada el 23/5/12. Ley que nos parece de sumo interés en el marco de este análisis, pues -como hemos dicho en otras ocasiones ¹⁰¹- los estereotipos y prácticas sociales imperantes en materia de identidad de género tienen mayor impacto social cuando se refieren a las mujeres que respecto de los hombres.
- La ley 26.727 de trabajo agrario, sancionada el 21/12/11 y promulgada el 27/12/11 y el decreto reglamentario Nro. 301/13.
- La ley 26.844, sancionada el 13/3/13 y promulgada el 3/4/13, que establece el régimen de trabajo en casas particulares; y aquí no podemos sino mencionar que las prácticas sociales y las estadísticas dan cuenta de una mayor inserción de las mujeres que de los hombres en esta actividad tan particular y en la que los vestigios del “patriarcado” son muy marcados.

Estas transformaciones normativas y constitucionales dan cuenta de un nuevo paradigma en la materia. No sólo se trata de reconocer “iguales derechos” también hay que adoptar medidas en orden a garantizar “igualdad efectiva de oportunidades” (tal como propician los arts. 37 y 75 inc. 23 C.N.). Y, por otra parte, el abordaje y la tutela no se circunscribe a las mujeres, sino que se ha ampliado a la noción “género”. Por último, resulta evidente que las herramientas jurídicas reseñadas, tanto en lo relativo al reconocimiento de derechos como al aspecto procedimental, son múltiples y variadas. Lo que resta es generar conciencia respecto del pleno respeto de los derechos fundamentales allí reconocidos, así como de la responsabilidad de los poderes del Estado y la ciudadanía toda en orden a su cumplimiento y/o implementación.

X. Aristas prácticas de la discriminación y la violencia por razón de género en el ámbito laboral ¹⁰²

¹⁰⁰ A cuyo análisis nos hemos abocado en DOBARRO, Viviana Mariel, “La ley 26.485 y la protección integral de las mujeres. Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres”, cit., págs. 955 a 981.

¹⁰¹ Al respecto se puede consultar DOBARRO, Viviana M., “Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral”, La Ley, miércoles 21 de octubre de 2009, págs. 1 a 6; “La ley de identidad de género y sus implicancias en el ámbito laboral”, Revista de Derecho del Trabajo, cit., págs. 2602 a 2621, y Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, cit., págs. 140 a 160; “Implicancias prácticas en el ámbito laboral de la ley de identidad de género”, cit., págs. 153 a 191.

¹⁰² DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el ámbito laboral: una violación al derecho fundamental a no ser discriminado y al mandato constitucional ‘promover el desarrollo humano con justicia social’”, ponencia presentada y sobre la que diserté en el III Foro de Mujeres contra la Corrupción y I interamericano, Tema: Género, corrupción y derecho a la no discriminación en el trabajo y el empleo, organizado por MEI-Fundación Mujeres en Igualdad, UNDEF The United Nations Democracy Funds y

Las primeras situaciones de desigualdad de trato por razón de género que, normativa y expresamente, se han reconocido en el Derecho interno argentino y en el ámbito de la O.I.T. son las vinculadas con la remuneración y con la protección de la maternidad. Históricamente las remuneraciones que han percibido las trabajadoras fueron considerablemente inferiores a las de los hombres, aun en idénticas condiciones de trabajo o a igual rendimiento en el puesto. Situación que motivó el dictado del Convenio Nro. 100 de la O.I.T. y que inspiró la cláusula constitucional, el art. 14 bis, y que pese a los cambios y avances operados persiste en vastos sectores del ámbito laboral ¹⁰³. No es casual tal estado de cosas, especialmente teniendo en cuenta lo dicho respecto a las relaciones de poder que matizan todas las conductas humanas y que, particularmente, se exteriorizan en distintas formas de discriminación y más aun en aquellas que tienen incidencia en la autonomía económica de la persona expuesta a este tipo de prácticas.

En cuanto al segundo de los elementos mencionados, no se puede obviar que la situación de maternidad también sigue generando importantes núcleos de “discriminación por razón de género”, particularmente por la importancia que los estereotipos tienen en este tema -como hemos descripto anteriormente-, ya que son medulares los que todavía imperan, tanto relativos a las realización de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos como labores propias del “ser mujer”, como los vinculados con su disminución de la capacidad productiva tras la maternidad, que supuestamente estaría vinculada con el “tener la cabeza parte en el trabajo y parte en el hogar”.

Así, en términos que ponen de resalto cómo la discriminación por razón de género ve potenciados sus efectos como consecuencia de la situación de pobreza -consideraciones que también son válidas respecto de otras situaciones de violencia contra las mujeres-, se ha señalado que “...La presencia de niños y niñas menores en el hogar, como un indicador de la demanda de cuidado que enfrentan los hogares, aparece como uno de los condicionantes fundamentales a la inserción laboral femenina, lo que se agrava cuanto menor es el nivel de ingreso del hogar. ...la inactividad femenina es mayor entre las mujeres pobres y se incrementa con la cantidad de hijos. La desigualdad en la inserción laboral de las mujeres, particularmente de las mujeres pobres con gran cantidad de hijos e hijas menores, se vincula con el reducido acceso a servicios de cuidado infantil... El reparto todavía muy inequitativo de las responsabilidades domésticas al interior de los hogares se evidencia en el hecho que, según la información de la EPH, el 60 % de las mujeres declara ser la principal responsable de las tareas del hogar, mientras que el 65 % de los varones declara no hacerse cargo, ni tampoco ayudar en la realización de estas tareas...” ¹⁰⁴.

Explica la O.I.T. que “...A pesar de la redistribución de la responsabilidad financiera dentro de la familia, la carga de las tareas domésticas y de cuidado de las personas continúa reposando en gran medida sobre los hombros femeninos, lo cual pone de manifiesto la resistencia de unas suposiciones profundamente ancladas sobre el

UNIFEM-Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer, Buenos Aires, 29 de septiembre a 1 de octubre de 2008.

¹⁰³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, op. cit., pág. 54 y sigs.: “...Generalmente se cree que la razón principal de la disparidad de ingresos está provocada por el inferior capital humano de la mujer y las trayectorias intermitentes de su carrera profesional. Sin embargo, a excepción de algunos países de África y de Asia meridional, la disparidad de género en la escuela primaria y secundaria no sólo se está reduciendo en todo el mundo, sino que la matriculación de mujeres en la educación superior iguala o supera la de los hombres. Ello no obstante, las mujeres siguen ejerciendo profesiones peor remuneradas que los varones, aunque con un nivel de educación y experiencia laboral equivalente. Las instituciones del mercado de trabajo no representan un escenario neutral, sino que reflejan relaciones de poder imperantes en la economía, y en la sociedad más en general...”.

¹⁰⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, O.I.T., *Trabajo decente y equidad de Género en América Latina*, O.I.T. Nota, Bs. As., mayo de 2007.

trabajo, la familia, la sociedad y los roles de los géneros en estas esferas. Durante largo tiempo, las tareas relacionadas con el 'cuidado de las personas', eran consideradas un asunto privado que debía resolverse en la privacidad del hogar. Más recientemente, la cuestión de cómo equilibrar trabajo y familia ha adquirido un reconocimiento como tema adecuado para la intervención del Estado. Existe un consenso cada vez mayor acerca de la necesidad de una división más equilibrada de la responsabilidad entre el Estado, las empresas, las comunidades, las familias y los individuos..."¹⁰⁵.

De allí que, no obstante el amplio abanico normativo -constitucional, internacional y nacional- que tutela a la mujer en situación de maternidad, los casos de discriminación en el ámbito laboral fundados en esta razón persisten, así como también el sometimiento a otras formas de violencia, y ello, a no dudarlo, sólo podrá irse modificando en la medida en que se apunte hacia la remoción de tales estereotipos; camino que -como ya se ha dicho- señala contundentemente la Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Por otra parte, los elevados niveles de competencia, de capacitación y de especialización de numerosos puestos de trabajo, implican que apartarse durante la licencia por maternidad -no obstante las normas tuitivas que protegen tanto la situación de licencia como el retorno- exponga a la mujer trabajadora a enormes dificultades prácticas al momento de reincorporarse, a notorios desajustes en la realización de su tarea o, en los casos más extremos, a una importante postergación fáctica, en los hechos, como consecuencia del avance de otros dependientes incluso sobre la posición que en la organización detenta la trabajadora vuelta de su licencia por maternidad.

El panorama descrito ha llevado a que, a partir de la década de los setenta, la O.I.T., en consonancia con los postulados de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, avanzara en la concepción de que "...la mejoría de la situación de las mujeres, tanto en el mundo del trabajo como en la sociedad en general, depende del cambio que se produzca también en la situación de los hombres, y en las relaciones entre hombres y mujeres. Ese nuevo enfoque llevó a la revisión de una serie de normas, a partir de las siguientes ideas: a) que existen condiciones de trabajo que son dañinas tanto para las mujeres como para los hombres; b) que los hombres también deben ser protegidos en su función reproductora; c) que algunas de esas normas podían tener como consecuencia la restricción de oportunidades de empleo para las mujeres... Es en ese contexto que comienza a instalarse el tema de las responsabilidades familiares y la tendencia a evitar conflictos entre esas responsabilidades y el trabajo, afirmándose que las mismas, al igual que el status conyugal, no deben ser motivo de discriminación...". Proceso que concluyó con la aprobación del Convenio Nro. 156 sobre Trabajadores con responsabilidades familiares y la Recomendación Nro. 165¹⁰⁶.

Ahora bien, no puede desconocerse que en la materia nuestro régimen legal exhibe importantes déficits toda vez que las protecciones contenidas se refieren particular y fundamentalmente a la situación de maternidad biológica, sin contener previsiones expresas respecto de otras situaciones propias de la vida familiar y que pueden repercutir en la laboral como la adopción, la interrupción del embarazo, el sometimiento a tratamientos de fertilización asistida -tan propios de los tiempos que corren-, las familias ensambladas -y las responsabilidades que se derivan del cuidado y educación de los hijos del conviviente/esposo/pareja-, las familias monoparentales y el tener al cuidado ya no hijos/as sino progenitores -como suele suceder en épocas en

¹⁰⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, op. cit., pág. 82 y sigs.

¹⁰⁶ FONTANA, Beatriz, "Trabajadores con responsabilidades familiares: el convenio Nro. 156 de la O.I.T. y la situación en el derecho argentino", en Revista de Derecho Laboral, Actualidad, 2007-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2007, pág. 9 y sigs.

que la tasa de natalidad desciende y la expectativa de vida crece- u otros integrantes del grupo familiar (conforme la actual concepción de "familia").

Circunstancias todas estas que, reitero, no están expresamente previstas por la ley laboral aunque encuentran tutela en la normativa internacional, particularmente, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, en el Convenio Nro. 156 sobre Trabajadores con responsabilidades familiares y la Recomendación Nro. 165 y su ratificación por el Estado argentino ¹⁰⁷, así como también en algunos casos particulares que han obtenido cobertura a partir de la labor correctiva de la jurisprudencia que ha superado el vacío normativo con aplicación de las normas de rango superior y los principios rectores de nuestra disciplina ¹⁰⁸.

Otro aspecto significativo se vincula con el acceso al puesto de trabajo y los índices de desempleo; según la O.I.T., las tasas de desempleo han sido casi siempre más altas para las mujeres que para los hombres. Ahora bien, en los últimos años esta tendencia se ha modificado, especialmente en lo relativo a los puestos de trabajo menos remunerados ya que según el organismo las mujeres estarían dispuestas a aceptar condiciones de trabajo que los hombres no admitirían. Las mujeres, al igual que otros grupos que padecen discriminación, pueden adaptarse al deterioro de las condiciones de trabajo "...aceptando menos horas de trabajo en lugar de no trabajar en absoluto y, por lo tanto, pasar a ser subempleadas y ante la discriminación, caer en el desánimo y abandonar por completo la búsqueda activa de un empleo. El subempleo y el fenómeno de los trabajos desalentados son más frecuentes entre los grupos objeto de discriminación y suelen ocultar las verdaderas y más elevadas tasas de desocupación" ¹⁰⁹. Circunstancias éstas que también tornan a las mujeres como un grupo particularmente expuesto a las diferentes formas de violencia.

No obstante los aspectos mencionados, el curso de las conductas y prácticas sociales han puesto de resalto infinidad de otros problemas, directa o indirectamente, vinculados con aquellos dos; tal el caso de las dificultades para -en paridad de condiciones- acceder a puestos de dirección y organización, tanto en el ámbito privado como en el público o en las organizaciones sindicales, políticas o afines.

Según los relevamientos de la O.I.T. "La situación laboral de los hombres y de las mujeres presenta características diferentes. Los hombres tienen más posibilidades de ocupar cargos claves, puestos fijos o mejor remunerados, mientras que las mujeres suelen ocupar puestos periféricos, inseguros y menos prestigiosos. Las mujeres quedan excluidas o segregadas de ciertas clases de trabajos a causa de unas prácticas de contratación favorables a los hombres o de obstáculos para obtener ascensos o progresar profesionalmente" ¹¹⁰.

Con referencia a la actividad sindical, en argumentos que entendemos también de plena aplicación a la actividad política y al acceso a cualquier otro cargo de dirección u organización en otros ámbitos, hemos dicho en otra ocasión ¹¹¹ que la menor participación de las mujeres en la actividad sindical no necesariamente puede atribuirse a desinterés o falta de vocación, sino más bien debemos pensar en alguna/s otra/s circunstancia/s impeditivas.

También constituye un elemento incontestable que, aun en ámbitos en los que las mujeres tienen mayor participación en el quehacer sindical, las posibilidades de

¹⁰⁷ Por ley 23.451 del año 1988.

¹⁰⁸ DOBARRO, Viviana Mariel, "La violencia contra las mujeres y la ley 26.485: con especial referencia al ámbito laboral", Revista La Causa Laboral, publicación de la Asociación de Abogados Laboralistas, Nro. 45, junio de 2010, páginas 4 a 9.

¹⁰⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, op. cit., pág. 46 y sigs.

¹¹⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, op. cit., pág. 47 y sigs.

¹¹¹ DOBARRO, Viviana Mariel, "Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo", cit., págs. 734 y sigs.

acceder a los puestos de conducción, dirección o de “toma de decisiones” resultan escasas o nulas; con la obvia salvedad de algunas de ellas que han alcanzado los cargos más altos en sus organizaciones sindicales.

Estas afirmaciones podrían justificarse en diversas y de lo más variadas razones, muchas de las cuales no se vinculan con motivaciones de tipo “objetivas” -tal la mayor “idoneidad”, “capacitación”, “contracción” o “preparación” para el cargo-, sino que, en gran parte de los casos, se trata de factores de tipo “subjetivos”, teñidos de prejuicios o concepciones muy arraigadas en determinados medios respecto del rol de la mujer dentro de la sociedad y de la organización familiar, tal el caso de la afirmación más que corriente referida a las dificultades de “tiempo” o de dedicación *full time* a este tipo de actividades con motivo de sus obligaciones familiares. Vale decir, con frecuencia, estas “dificultades” se vinculan con prejuicios que encubren una consideración discriminatoria fundada en el género.

Pues bien, siguiendo la tendencia adoptada en materia de postulaciones en los partidos políticos, en consonancia con las pautas constitucionales y las normas internacionales citadas precedentemente y con el objeto de facilitar el acceso de las mujeres a ciertos cargos en un medio tan peculiar como el sindical, es que se dictó la ley 25.674, sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada de hecho el 28 de noviembre de 2002 y publicada en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 2002. En tanto que el decreto reglamentario Nro. 514/03 del 7/3/03, fue publicado en el Boletín Oficial el 10/3/03 ¹¹².

Sostuvo CAUBET ¹¹³ que la ley 25.674 resulta “...acorde con el movimiento mundial que propugna la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en nuestro país posee jerarquía constitucional...”.

La realidad nos demuestra que la participación femenina en el quehacer sindical y, en especial, en el ejercicio de ciertos cargos se ve obstaculizada o dificultada por diferentes razones que, en general, no tienen vinculación con su preparación, idoneidad o condiciones personales, sino que más bien se fundan en prejuicios o preconceptos basados en razones de género y que, por vincularse estrechamente con cuestiones de tipo cultural o idiosincráticas, resultan de muy difícil remoción a través de la acción individual y, además, afectan notablemente el principio de “igualdad de oportunidades”, con la consiguiente violación de toda la normativa aplicable en la materia.

Finalmente, cabe remarcar que para la especialista Regional de Género y Empleo, de la Oficina Subregional de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T. ¹¹⁴, abordar el objetivo de la igualdad y de la no discriminación en el mundo del trabajo es una puerta de entrada estratégica para liberar a la sociedad de la exclusión, ya que en “... América Latina es muy importante avanzar en este sentido, ...sin ser la región más pobre, es la más desigual en el mundo. ...desigualdades económicas, de género, de origen racial o étnico, que se potencian entre sí, y por lo tanto, generan un fenómeno de exclusión social y de pobreza que se convierte en un círculo vicioso, impidiendo el pleno ejercicio de los derechos humanos y también el progreso económico. Por eso es urgente el combate a la discriminación en el trabajo. ...Las tasas de participación laboral femenina en América Latina son las terceras más bajas después de los países árabes y del sudeste asiático. El desafío entonces es grande, porque la discriminación es un fenómeno en evolución en que las formas más evidentes se van transformando

¹¹² El análisis de la ley 25.674 y su decreto reglamentario puede consultarse en DOBARRO, Viviana Mariel, op. cit., p. 734.

¹¹³ CAUBET, Amanda B., “La necesaria participación de las mujeres en la estructura y en la vida sindicales”, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, Nro. 212, abril de 2003, págs. 313 y sigs.

¹¹⁴ VALENZUELA, María Elena, “Trabajo decente para terminar con la exclusión”, en *Democracia real, no discriminación y ciudadanía plena: Equilibrio entre mujeres y varones en el trabajo, el hogar y el poder*, Instituto Nacional contra la discriminación, la Xenofobia y el Racismo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Presidencia de la Nación-Embajada de España en Argentina-Agencia Española de Cooperación Internacional, Bs. As., 2007, pág. 37.

en formas más sutiles, cada vez más difíciles de reconocer y, por lo tanto, de combatir. ...hay que tener mucho cuidado, ya que las políticas de igualdad tienden a experimentar un retroceso en períodos de recesión económica. Por eso también es muy importante avanzar no sólo en el combate contra las formas directas de discriminación, sino contra las indirectas, formas más sutiles pero de un efecto amplio”.

Es en tal sentido, asumiendo el mencionado desafío y recogiendo los postulados y principios rectores desarrollados precedentemente, que se ha dictado la ley 26.485, la que sin perjuicio de los déficits o insuficiencias que se le pueden atribuir, viene -sin duda alguna- a cubrir un importante vacío normativo y a poner en el centro del debate la problemática relativa a todas las formas de violencia contra la mujer en los distintos ámbitos en que sus relaciones interpersonales se desarrollen.

XI. La discriminación y la violencia de género en el acceso al puesto de trabajo

El análisis de la discriminación en el ingreso al puesto de trabajo, es decir, en la etapa previa al perfeccionamiento de un vínculo laboral, es un tema que ha sido poco abordado por la doctrina ¹¹⁵ y por la jurisprudencia, pero en las ocasiones en que ello sucedió fue importante la polémica que generó la temática. Ahora bien, no se debe soslayar que cuando se trata de acceso al puesto de trabajo, los estereotipos de género marcan e impactan notoriamente y con crudeza en la decisión.

Así, por ejemplo, en la entrevista de selección de personal a las mujeres se les suelen realizar preguntas que -en general- no se le formulan a los hombres y vinculadas con su vida privada, su situación familiar, cantidad de hijos/as, quién los/as cuida, su planificación o proyectos familiares futuros, entre otros. Obviamente si se preguntan es porque la respuesta tiene relevancia a los fines de tomar la decisión de contratar o postergar a la candidata. Y, a esta altura, resulta evidente que son injerencias indebidas y violatorias del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona humana y a la igualdad efectiva de oportunidades y de trato.

No podemos obviar que por no haberse anudado a esa altura (durante el proceso de convocatoria a postulantes o de su selección) vínculo laboral alguno, las específicas disposiciones del Derecho del Trabajo no son aplicables. Ahora bien, de lo que no puede cabernos duda alguna es de que la instancia precontractual está regida por la normativa constitucional, internacional de los derechos humanos y el Derecho Civil. Por lo que, la protección no está focalizada sobre el trabajador, sino más bien sobre la persona humana en toda su dimensión.

De allí que adquiera suma importancia la noción que desarrolláramos en otra ocasión del “derecho fundamental” a no ser discriminado ¹¹⁶ y de su inclusión en el campo del *jus cogens* ¹¹⁷. Así como también las ya mencionadas pautas que se derivan de los arts. 14 y 28 de la C.N. en lo atinente a la relatividad de los derechos, que encuentran sus límites en el derecho de los demás habitantes y en el *alterum non laedere* y el deber de no dañar. Y, en el supuesto de colisión de derechos, corresponderá a los jueces armonizar unos y otros de forma tal de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, pero también de los valores supremos de la Humanidad.

Asimismo, debemos remarcar que -a diferencia de lo que sucede en materia de despidos discriminatorios donde la mayor parte de los tribunales del trabajo han tenido ocasión de expedirse- en materia de discriminación en el ingreso al puesto de trabajo son escasos los precedentes; dos de los más significativos fueron dictados por

¹¹⁵ Entre otros se puede consultar DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección del personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado”, cit., pág. 108 a 138; STORTINI, Daniel E., “Discriminación en la selección del personal”, Derecho del Trabajo, 2005, pág. 1397 y sigs.

¹¹⁶ DOBARRO, Viviana Mariel-DEL MAZO, Carlos Gabriel, op. cit., págs. 67-85.

¹¹⁷ Como se postulara en “Parra Vera Maxima c/San Timoteo SA s/acción de amparo”, C.N.A.T., Sala V, 14/06/2006.

magistrados del fuero civil ¹¹⁸ y constituyen un antecedente de suma importancia para el posterior pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que más adelante analizaremos.

En todos ellos, desde nuestra perspectiva los jueces sin dudarlos se adentraron en un terreno tan sensible cual es el de revisar las decisiones empresariales y, haciendo gala de un gran apego a las disposiciones constitucionales, a la normativa internacional y al principio *pro homine*, sancionaron prácticas empresariales reñidas con el derecho fundamental a no ser discriminado. E insisto, so riesgo de ser reiterativa, lo que a través de los casos reseñados se ha intentado es la adecuada armonización de derechos e intereses, dándole prevalencia a la protección de la persona humana y sancionando el accionar empresarial, no ya estrictamente injustificado, sino especialmente discriminatorio.

Por otra parte, a tenor del art. 16 C.N. la “idoneidad” es el único requisito para el acceso al puesto y -remarcamos- cualquier exigencia o interrogatorio, durante la etapa de selección, que exceda el marco de la “idoneidad” significaría un avance sobre datos irrelevantes a los fines del acceso al empleo, con los alcances que la jurisprudencia de la C.S.J.N. ¹¹⁹ ha establecido en materia de requisitos exigidos para el desempeño de diferentes profesiones.

Finalmente, el nudo central de esta temática reside en encontrar el límite entre el acto o conducta discriminatoria y la decisión empresarial justificada o motivada por razones ajenas a estas repulsivas prácticas. No se puede obviar que en la mayor parte de los casos relativos a discriminación en el ingreso o egreso del puesto de trabajo, jurisprudencialmente se ha verificado que la conducta empresarial no fue sencillamente injustificada o arbitraria, sino que ha tenido un móvil discriminatorio subyacente.

Ligado estrechamente a ello, emergen las cuestiones ya de estricto orden probatorio, con toda la complejidad que trae aparejado acreditar una motivación interna, que no siempre se explicita, sino que en la mayoría de los casos se oculta o esconde bajo la apariencia de pseudo justificaciones; aspecto que profundizaremos más adelante. Aunque adelantamos que, en el punto, compartimos ¹²⁰ íntegramente la corriente doctrinaria y jurisprudencial que, siguiendo las más modernas tendencias procesales, ha propiciado la flexibilización de la carga de la prueba ¹²¹. Al igual que también hemos reiteradamente planteado la necesidad de reconocer la viabilidad de la acción de amparo o de cualquier otro proceso urgente para dar respuesta a cualquier violación a un derecho fundamental como, en el caso, el de no ser discriminado ¹²².

Así, con relación al fallo dictado por la Sala H de la C.N.Civ., el 16/12/02, en los autos caratulados “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.” (D.T. 2003, A, 363 y

¹¹⁸ “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.”, C.N.Civ., Sala H, 16/12/02 y “R., L. F., c/Trenes de Buenos Aires S.A.”, C.N.Civ., Sala E, 30/9/03, entre los que más difusión han tenido.

¹¹⁹ Al respecto se puede consultar lo que ha sostenido la C.S.J.N. en “Arenzon, Gabriel D. c/Estado Nacional Argentino, Ministerio de Educación”, 15/5/84; “Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires”, 8/11/88; “Calvo y Pesini, Rocío c/Córdoba, Provincia de s/amparo”, 24/2/98; “Franco, Blanca Teodora c/Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Gobierno”, 12/11/02; “Hoofft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16/11/04; “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, 8/8/06; “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación-Corte Suprema de Justicia de la Nación-resol. 13/IX/04 (curso biblioteca)”, 12/8/08; entre otros.

¹²⁰ DOBARRO, Viviana Mariel, op. cit. “La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. Las facultades del empleador en materia de selección del personal frente al derecho fundamental a no ser discriminado”.

¹²¹ PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., “Aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el derecho del trabajo”, Revista Doctrina Laboral, Nro. 223, marzo de 2004, Editorial Errepar, pág. 216 y sigs.

¹²² DOBARRO, Viviana Mariel, “La acción de amparo y la protección de los derechos sociales (1ra. y 2da. parte)”, cit., págs. 766 y 856 y sigs. y DOBARRO, Viviana Mariel, “Los procesos urgentes: medida autosatisfactiva y tutela anticipada. Su aplicación en el ámbito laboral y de la seguridad social”, Doctrina Laboral, julio de 2003, Editorial Errepar, págs. 594 a 616.

sigs.), que recibiera acérrimas defensas ¹²³ a la par que numerosísimas críticas, debemos mencionar que se trata del primer pronunciamiento -por lo menos con masiva difusión- en el que la jurisprudencia se adentrara en el análisis de un segmento de la contratación laboral hasta ese momento no abordado, el de la selección-contratación del personal.

Por otra parte, se refiere a la postergación en la contratación de un grupo que -como ya hemos afirmado- no obstante ser numeroso ha sido pasible de históricas y constantes discriminaciones en el ámbito laboral, el de las mujeres; lo que por obvias razones vinculadas con la cultura imperante en torno a las cuestiones de género incrementó la polémica.

Además, en el caso, los jueces -en ejercicio del poder que constitucionalmente les fue conferido para dirimir conflictos, interpretar la normativa jurídica vigente y controlar el pleno respeto de la Constitución Nacional y las normas internacionales con jerarquía constitucional- incursionan en un ámbito muy sensible cual es el de la “libertad de contratación”, sus alcances y límites y, al igual que ha sucedido en cada oportunidad en que por la vía judicial se condicionó o privó de efectos a una decisión empresarial ¹²⁴, la limitación de lo que hasta el momento había sido entendido y ejercido como un “poder omnímodo” generó inevitables malestares.

Otro dato relevante de la causa es que fue iniciada por la vía de la acción de amparo y -tal como lo posibilita el art. 43 de la Constitución Nacional ¹²⁵- quien dedujo el planteo judicial fue una asociación creada a los fines de la defensa de los intereses del grupo o clase “mujeres”. La acción en cuestión la interpuso la “Fundación Mujeres en Igualdad”.

Asimismo, resulta sumamente significativa la línea argumental seguida por el Tribunal a los fines de sancionar la conducta de la empresa que ni siquiera convocaba a mujeres para acceder a los puestos que en ella se debían cubrir y, en especial, cómo para ello se recurrió a las medidas de acción positiva, constitucionalmente estipuladas como obligación estatal en relación a los integrantes de ciertos grupos, en el caso las mujeres, así como también en los instrumentos con jerarquía constitucional que hemos detallado precedentemente.

También son por demás interesantes las reflexiones que ponen de resalto cómo en materia de contratación de personal están por muy difundidos ciertos prejuicios o estereotipos que consideran a las mujeres como el “sexo débil”; argumentaciones del tribunal que podríamos hacer extensivas a tantos otros estereotipos con generalizada vigencia en la selección de personal, tal el caso de la orientación sexual, o cuestiones de nacionalidad, raza, religión, padecimiento de ciertas enfermedades, aspecto o apariencia física.

Finalmente, la decisión en análisis exhibe gran originalidad en lo relativo a los alcances de la condena allí dictada y los argumentos al efecto desarrollados.

La Fundación Mujeres en Igualdad inició acción de amparo colectivo contra la empresa Freddo S.A., alega que ésta realizaba prácticas discriminatorias contra las mujeres en

¹²³ Por ejemplo los elogiosos comentarios vertidos por FERREIROS, Estela M., “La discriminación en el acceso al contrato de trabajo”, Errepar, Doctrina Laboral, Nro. 210, febrero de 2003, pág. 113 y sigs.

¹²⁴ Al respecto puede citarse como ejemplo toda la resistencia que en el ámbito empresarial generó la incorporación al art. 66 L.C.T. de la opción a favor del trabajador, que sufra un ejercicio abusivo del *ius variandi*, de disolver el vínculo o solicitar judicialmente y por la vía sumarísima que se dicte una medida de no innovar hasta tanto se revise en dicha sede la legitimidad de la modificación pretendida. O, también, la polémica desatada tras los diferentes decisorios judiciales que nulificaron despidos discriminatorios y ordenaron la reinstalación del despedido, tal el caso de los pronunciamientos que los diferentes tribunales de las distintas instancias dictaron con posterioridad y en idéntico sentido que “Balaguer” (Sala VI, 2004, desestimada la queja presentada por Pepsico por la C.S.J.N. el 18/4/06), así como el impacto que produjo el fallo de la CSJN. en los autos “Álvarez”.

¹²⁵ El art. 43 de la C.N., en materia de legitimación activa para interponer la acción de amparo cuando se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y, particularmente, en supuestos de discriminación prevé que la acción puede ser iniciada por asociaciones que propicien dichos fines.

la selección de personal, ya que rechazaba la contratación de personal femenino. El juez de primera instancia desestimó el amparo y la parte actora apeló la resolución.

En primer término, se afirma que en determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría sostenerse que ello era posible aun antes de la reforma. Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica.

Se explica que existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, por ejemplo cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados “programas de acción afirmativa”, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas.

En el caso, sostiene el Tribunal que la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aun si se tiene presente la presunción de discriminación que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

Se agrega que debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar.

La lucha contra la discriminación, explican los magistrados, no depende solamente del dictado de disposiciones constitucionales y legales, que suelen ser de por sí insuficientes. Ocurre que los Estados parte se han comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos (así se pronunció en varias oportunidades el Comité de Derechos Humanos con relación a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por ende, no son suficientes las medidas de protección, sino que es necesaria una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes (conf. Observación General N° 4 respecto a la aplicación del art. 3° del comité citado). Es necesario, además de “facilitar” el disfrute de un derecho, “hacer efectivo” directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance (GIALDINO, R., “Observaciones y Recomendaciones Generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos”, Rev. Investigaciones, 1/2, 2001, p. 159).

De las constancias de la causa surgía que el 24 de diciembre de 1999 se presentó ante un notario el coordinador y docente de la Clínica Jurídica de Interés Público que funciona en la Universidad de Palermo. El escribano concurrió a diversas heladerías (no pertenecientes a la cadena Freddo) y constató que había mujeres atendiendo al público. El 23 de octubre de 2000, otra escribana, también a pedido de la referida clínica, se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo, y constató que eran hombres los que atendían al público. También obra la copia de un aviso aparecido en un diario en el que Freddo solicitaba “100 empleados de atención al cliente”, “70 repartidores”, y “20 caminantes” y, entre los requisitos exigidos se mencionaba el “sexo masculino”. En otro aviso, en el que se solicitaron “50 empleados de atención al cliente” dirigido a “quienes posean muy buena capacidad de relacionamiento y

disposición para la atención de clientes”, también se exigió como requisito el “sexo masculino”. Lo mismo sucedió con el aviso en el que se requirieron 100 empleados de atención al cliente y 100 repartidores. La situación se repite con los otros avisos agregados a autos. La única excepción la constituyó el pedido de *telemarketers*, en el que se aclaraba que estaba dirigido a jóvenes de ambos sexos. En otros avisos, si bien no exigían expresamente el sexo masculino, se utilizaban las palabras “empleado”, “repartidores”, con cierta alusión al sexo masculino.

Según lo informado por el ANSES, en diciembre de 1999, la empresa tenía una dotación de 681 personas, de los cuales 646 eran hombres, y sólo 35 mujeres.

También surgía del expediente que la representante de Freddo, tras explicar el perfil del empleado destinado a la atención del cliente, señaló que los requisitos exigidos son una edad entre 18 y 25 años, y el sexo masculino. Informó también que durante 1998 ingresaron 638 empleados, de los cuales sólo 18 eran mujeres, lo que mejoró en 1999, ya que ingresaron 297 empleados, de los cuales 33 fueron mujeres. Si bien la demandada ofreció un peritaje contable fue declarada negligente en la producción de esta prueba. Más adelante, la empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, además de preparar el producto y atender al cliente, debían “efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kgrs, ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada, argumentando que Freddo pretende ‘proteger’ y no discriminar a la mujer”.

Al respecto, se sostuvo que la justificación de que los baldes son pesados como impedimento para la contratación de mujeres no puede ser admitida, ya que responde más a prejuicios sobre el “sexo débil” que a una verdadera visión del tiempo actual. Tampoco parecían ser las tareas penosas, peligrosas o insalubres. Por el contrario, es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. El argumento de la menor fortaleza física de las mujeres es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico, inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo. Por otra parte, el contacto con la muerte y la enfermedad que es cotidiano y necesario en los trabajos de enfermería -actividad en que la población laboral suele ser predominantemente femenina- normalmente es peligroso, penoso e insalubre, amén de que suele reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos y, pese a ello, nadie se plantea la exclusión de las mujeres de tal actividad.

En lo que aquí interesa, cabe remarcar que es la actuación del Tribunal la que puede garantizar, en el caso concreto, que se haga efectivo el derecho invocado por la entidad actora en beneficio de las mujeres, a las que representa en forma colectiva.

Se agrega en el fallo “Freddo” que al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo -en el caso la heladería- se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. La no discriminación por razón del sexo en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral, entendiéndose por “antes” el proceso de selección hasta el momento de la contratación definitiva. La prohibición de discriminar -en el caso al momento de la contratación de un trabajador- constituye un límite a la libertad de contratar que garantiza la Constitución Nacional, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso

para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.

Por todo ello, se resolvió que al haberse acreditado la conducta discriminatoria de la empresa que durante años prefirió la contratación de empleados de sexo masculino, correspondía hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por una fundación y condenar a la demandada a que en el futuro contrate sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución.

En similar línea de análisis, pero con toda la fuerza que tiene un pronunciamiento proveniente del más Alto Tribunal, cabe destacar la especial transcendencia que en esta materia adquiere el fallo de la C.S.J.N. dictado el 20 de mayo de 2014, en los autos “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Tadelva S.R.L. y otros s/amparo”.

En dicha causa, Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación entre Mujeres (FEM) presentaron acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta.

Las actoras interpusieron dos pretensiones. Una de carácter individual en la que alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la Sra. Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. Y otra de carácter colectivo fundada en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA. En definitiva, solicitaron el cese de la discriminación por razón de género, la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras de SAETA.

La sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la ciudad de Salta ¹²⁶, hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación por razón de género. Resolvió que las empresas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. Dispuso que la AMT deberá confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres que cumplan los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes -con Mirtha Sisnero ubicada en primer lugar- y que, en el caso de que alguna de las empresas demandadas viole lo dispuesto, deberá abonarle a la primera mujer de la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración.

Contra esta sentencia, las empresas interpusieron recurso de apelación lo que motivó la intervención de la Corte de Justicia de Salta. Y si bien este último tribunal identificó “síntomas de discriminación en la sociedad” y observó que “basta detenerse en cualquier parada de colectivos para relevar la nula presencia de mujeres conduciendo estos móviles”, revocó la sentencia por considerar que “no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación”. Sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, la Sra. Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro

¹²⁶ DOBARRO, Viviana Mariel, “El derecho fundamental a no ser discriminado y las facultades del empleador en materia de selección de personal”, nota a fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala V, “Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante, Sandra; Fundación Entre Mujeres c. Tadelva S.R.L. y Otro”, 18/11/09, Revista Derecho de Familia, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 2010-II, páginas 196 a 212.

postulante por el mero hecho de ser hombre. Agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle. Sin perjuicio de esto, intimó a las demandadas a presentar ante la AMT los requisitos que exigen para la contratación de choferes, y exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir normas necesarias para modificar los patrones socioculturales de discriminación.

Luego interpusieron recurso extraordinario federal, el que les fue denegado y recurrieron en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el pronunciamiento bajo análisis se sostuvo “Que esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional ...Que, por lo demás esta Corte ha señalado ...nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* carezca de protección constitucional adecuada...”.

Con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, se señala que “...en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros...”.

Remarca la Corte que la cuestión debatida en autos consiste en determinar si las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la Ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos.

Finalmente, tras analizar las aristas probatorias de la cuestión y reafirmar la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias a supuestos como el que se analiza -aspecto que detallaremos en el apartado XV de la presente-, finalmente concluye el Alto Tribunal que “...de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el aquí planteado y, en consecuencia corresponde su revocación...”.

En definitiva, como ya hemos señalado con anterioridad, si queremos lograr avances en esta materia es necesario incorporar una perspectiva de género en el análisis de los conflictos que se presentan. Es decir, un análisis que involucre el modo en que nuestras sociedades determinan, a través de patrones socioculturales, una asignación estereotipada y dicotómica de roles para hombres y mujeres, que constituye una fuente inagotable de desigualdades y discriminaciones en contra de la mujer. Sobre la base de algunas diferencias biológicas, se ha construido a lo largo de la historia una situación de sometimiento respecto de las mujeres que si no avala, en muchos casos ha sido al menos disimulada ¹²⁷. Nos parece que este fallo es un avance en la superación de esas viejas prácticas discriminatorias y claramente violatorias de los derechos de las mujeres y de la libre elección de su proyecto de vida.

XII. Los daños y su resarcimiento

¹²⁷ DEL MAZO, Carlos Gabriel, “Género, discriminación y daño al proyecto de vida”, en Revista La Ley de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, número 7, agosto 2014, pág. 158.

En primer término, en el tópico resulta de suma importancia el art. 19 C.N. que resguarda el derecho a la intimidad y consagra el deber de reparar el daño causado a terceros.

Según BIDART CAMPOS ¹²⁸ el art. 19 C.N. traza una línea divisoria: a) cuando una conducta no daña directamente de ningún modo al orden, a la moral pública, o a terceros, pertenece a la privacidad personal y se retrae a toda injerencia ajena; b) cuando causa aquel daño, ya no es acción privada y queda sometida a la jurisdicción estatal.

Al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Gunther, Fernando R. c/Estado Nacional” (5/8/86) y “Santa Coloma, Luis I. y otros c/Ferrocarriles Argentinos” (5/8/86), se sostuvo que el art. 19 C.N. confiere arraigo constitucional al principio que prohíbe causar perjuicio a los derechos de terceros y que el principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Por lo demás, el Alto Tribunal también dijo ¹²⁹ que el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la Justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres. La Corte también tiene juzgado, dentro del antedicho contexto del Código Civil y con expresa referencia a un infortunio laboral, que la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el “daño moral”. Más aun, la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable. No sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio. En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera.

Cualquier manifestación de violencia trae aparejadas dolorosas y múltiples consecuencias y cuando se verifica en el ámbito laboral acarrea para la persona que trabaja daños de diferente índole (físico, moral, espiritual, económico, etc.).

En tal sentido se sostuvo ¹³⁰ que “...sobre la salud, pueden exteriorizarse, desde alteraciones significativas en la integridad psicofísica del trabajador, con manifestaciones en su esfera neuropsíquica, hasta insospechadas gradaciones depresivas, que...autorizan a considerar como hipótesis de máxima la posibilidad del suicidio de la víctima, con innegable nexo causal con las hostiles condiciones de trabajo. Es que a la clásica separación de agentes de riesgo ocupacional (químicos, físicos y biológicos) cabe agregar la existencia de condiciones de trabajo nocivas, en un marco de degradación deliberada, caracterizadas por imponer sobrecarga física o psíquica, potencialmente dañosa al organismo de los trabajadores expuestos (riesgos psicosociales). Las consecuencias sociales por su parte, no le van en zaga a aquéllas,

¹²⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., pág. 53.

¹²⁹ C.S.J.N., “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, 21/9/04.

¹³⁰ FANJUL, Aurelio J., op. cit.

provocando generalmente un fuerte ausentismo (síndrome de reintegro), prolongadas licencias, repercusión en el ámbito familiar, y como se ha visto, eventual renuncia al empleo y en casos, la autoeliminación física de la víctima. Va de suyo, que es necesaria una actividad multidisciplinaria, en procura de enervar sustancialmente tales consecuencias, sobre la salud y sobre la órbita del trabajador, en las que debe subrayarse, el protagonismo de la medicina del trabajo, como actividad insustituible en las fases preventiva, de seguimiento, asistencial, terapéutica y de rehabilitación del trabajador enfermo o accidentado...”.

Múltiples son los daños que puede originar cualquier manifestación de violencia en el ámbito laboral, tanto económicos (pérdida del ingreso salarial o del puesto de trabajo), como físicos (las innumerables afecciones que pueden presentarse como consecuencia de un ambiente hostil de trabajo), psíquicos (por ejemplo, patologías derivadas del estrés laboral) y, fundamentalmente, morales (por la violación a la dignidad humana).

Estas prácticas también suelen perjudicar el ambiente de trabajo, el que no puede permanecer indiferente a estas situaciones, ya que aunque en ocasiones esta problemática no se explicita o emerge con claridad, es inevitable que trascienda de una u otra forma entre los restantes integrantes de la empresa o establecimiento ¹³¹, con diferentes alcances según las específicas características; pero siempre -a no dudarlo- enrarece y dificulta los vínculos interpersonales.

Además de los perjuicios en la integridad psicofísica del/a dependiente puede repercutir en forma negativa en su vida familiar, de relación y en su desarrollo y rendimiento en el ámbito laboral, pero su consecuencia más repudiable, y que se encuentra siempre presente, es la vulneración de la dignidad humana y el indiscutible daño moral que de ello se deriva.

Es por ello, que adquieren trascendental importancia las reflexiones que ponen de resalto las múltiples proyecciones de la cuestión ¹³², al sostener que “...produce un daño pluriofensivo, progresivo y continuo que lleva una carga capaz de desintegrar la dignidad en sí misma considerada... como valor jurídico que sustenta el orden político y la paz social. Los rubros que lo componen son de variada índole y para acordar una reparación justa es necesario comprender en profundidad el problema para poder determinar la real magnitud del impacto negativo que produce sobre la persona afectada. ...el nuevo ‘Derecho de Daños’ brinda una perspectiva más humanista, pues al desplazar al sistema de responsabilidad civil busca la tutela de la persona en forma íntegra y el ideal de la *restitutio in integrum* de las consecuencias, de todo orden generadas por un daño al ser humano. ...la infravaloración del daño efectivamente sufrido, ...es una forma de hacer padecer parte de ese daño a la víctima o de subvencionar los ilícitos. ...cualquier insuficiencia en la reparación de un daño provoca desaliento y negación, ...termina legitimando estas conductas y vulnerando la percepción social sobre la eficacia del orden vigente, ya que la reparación insuficiente pervierte asimismo el sistema de derecho al conceder de alguna forma, impunidad al responsable de la reparación”.

¹³¹ PIÑUEL, Iñaki, *Neomanagement, Jefes tóxicos y sus víctimas*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2006, pág. 53, quien sostiene que las víctimas de violencia laboral suelen manifestar que se sintieron abandonadas a su suerte por el resto de sus compañeros de trabajo, ya que “Quienes hasta entonces habían sido colegas o incluso amigos se vuelven repentinamente huidizos, esquivos y distantes. Es lo que hemos denominado los ‘testigos mudos’ del sufrimiento del trabajador victimizado...”.

¹³² MEDINA, Graciela-BARBADO, Patricia, “El acoso psicológico en el trabajo y la reparación según el derecho de daños”, en *Responsabilidad civil*, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ra. ed., Santa Fe, 2007, pág. 481 y sigs., quienes identifican -como derivados de la problemática en análisis- daños con incidencia patrimonial y daños extrapatrimoniales y, entre estos últimos, el daño moral y otros daños extrapatrimoniales (el daño a la libertad, el daño al proyecto de vida, el daño existencial o el daño a la calidad de vida, el daño biológico o daño a la salud, el daño a la personalidad, el daño a la intimidad y el daño reflejo o daño rebote: las víctimas secundarias).

Al analizar las tendencias jurisprudenciales ¹³³ que se han verificado en la materia - precedentes que se dictaron con antelación a la ley 26.485- concluimos en que se advertía desacuerdo en materia de los alcances de la reparación y su fundamento jurídico; situación que se derivaba -entre otras razones- de la ausencia de norma específica y la reticencia -que no compartimos- de cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia a aplicar normas generales y/o de rango constitucional, especialmente con respecto a la viabilidad de la reparación integral de los daños derivados del trabajo ¹³⁴.

Estas discrepancias, en nuestra opinión, son zanjadas por la nueva normativa referida a la protección integral de las mujeres frente a todas las formas de violencia, incluida la laboral, ley 26.485.

El art. 35 de la ley establece que la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia, lo que constituye otro aspecto central de la ley.

La referida disposición sigue el sendero abierto por la ley 23.592 con relación a la sanción de los actos y conductas discriminatorias y realiza un aporte significativo al debate en torno a la reparación de las consecuencias dañosas derivadas de conductas tan repudiables como la discriminación y la violencia en las relaciones interpersonales -incluidas las laborales-. Resulta muy valioso el reconocimiento expreso del derecho a la reparación civil de los daños y perjuicios derivados de las distintas modalidades de violencia contra la mujer identificadas por la ley ¹³⁵.

Ahora bien, a esta altura no podemos soslayar que si bien el art. 35 de la ley 26.485 contempla la vía resarcitoria mencionada, hay un aspecto que no está expresamente previsto en la mencionada norma y que se vincula con el cese en el acto y la vuelta de las cosas al estado anterior.

Se trata de seguir la senda -también en este aspecto- de la ley 23.592 y la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno a ella, que -a nuestro entender- adquiere singular importancia cuando de lo que se trata es de la violencia laboral contra la mujer y marca la importancia que tiene contemplar la posibilidad de preservar la fuente de trabajo; es decir que el hecho de haber sido víctima de violencia laboral contra la mujer, no marque inexorablemente la finalización del vínculo laboral.

Con respecto a la importancia de este aspecto de la cuestión el Alto Tribunal ha dicho con relación a un caso de discriminación laboral ¹³⁶, y en nuestra opinión con plena aplicación a los supuestos de violencia contra la mujer, que "...la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos ...El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las

¹³³ Se puede consultar la reseña que hemos efectuado en DOBARRO, Viviana M., "La violencia en las relaciones laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Segunda Parte)", cit., Nro. 277.

¹³⁴ Al respecto resultan sumamente ilustrativas las conclusiones -que compartimos íntegramente- a las que arribara FERREIROS, Estela, ¿Cuáles son los presupuestos sobre cuya base se puede pretender una reparación en el derecho común y en el derecho del trabajo?, Editorial Errepar, Doctrina Laboral y Previsional, N° 28, mayo 2009, pág.473, al sostener que "cuanto más perfecto sea el sistema de reparación, más cerca estaremos de la justicia y si nos movemos en el ámbito del derecho del trabajo, tengo para mí, a diferencia de lo que piensan otros autores, que un mejor conocimiento y aplicación del derecho común puede resultar una verdadera aplicación del principio protectorio, que muchas veces por relevante es olvidado o mal aplicado. Está mal aplicado cada vez que se lo considera tan 'puro' que no se permite mezclarlo con el derecho común, con los derechos cívicos o con los derechos humanos, sólo por dar algunos ejemplos".

¹³⁵ En ese sentido resulta significativo lo afirmado por CAUBET, Amanda, "Ley de protección integral a las mujeres", Ed. Errepar, Doctrina Laboral y Previsional, N° 28, mayo 2009, pág. 471, que "...las disposiciones de la ley cuando alcanzan al contrato de trabajo refieren a un daño extracontractual que debe ser resarcido y que la integridad física y psicológica justifica que las violaciones determinen también una reparación integral comprendida en la ley civil...".

¹³⁶ C.S.J.N., "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo", 7/12/10.

primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado ...sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis C.N. llevaría a que la 'protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. ...admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por el contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”.

XIII. El acceso a la Justicia

La garantía de acceso a la Justicia de las mujeres que padecen violencia está prevista en el art. 2 de la ley 26.485 y reglamentada por el Dec. 1011/10 ¹³⁷.

En materia de eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, incluso cuando las prácticas se verifican en el ámbito laboral, además de las ya mencionadas previsiones de la ley 26.485, no pueden soslayarse los compromisos internacionalmente asumidos en la materia por el Estado argentino, tanto en lo relativo al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia como en lo atinente a los derechos fundamentales de acceso a la Jurisdicción y a la tutela efectiva.

De tal modo que la cuestión esta alcanzada por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que goza de jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 C.N., y sus recomendaciones, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belém do Pará” aprobada por ley 24.632. Asimismo también encuentra reconocimiento en los documentos suscriptos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana: “Declaración de Cancún” (2002) y las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (2008).

El artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer establece que “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:... c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación...”, en consonancia con el artículo 5 que establece que “Los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...”.

¹³⁷ El acceso a la Justicia a que hace referencia la ley que se reglamenta obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas las esferas de actuación del Estado Nacional, ya sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos. El acceso a la Justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial. El acceso a la Justicia es gratuito independientemente de la condición económica de las mujeres, no siendo necesario alegar ni acreditar situación de pobreza.

Por otro lado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” aprobada por ley 24.632 en su artículo 7 dispone que “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación, e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer...”. En tanto que el artículo 8.c) estipula que “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: c fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer...”.

También la “Declaración de Cancún” (2002), suscrita por los presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia de Iberoamérica subraya la necesidad de implantar una perspectiva de género en el marco general del acceso de la mujer a la Justicia, mediante la adopción de una “Política de Igualdad de Género” por parte de las altas jerarquías del aparato judicial como una política transversal, en todas las áreas y en todos los niveles tanto en su organización interna, como en lo externo y en el servicio brindado para lo cual señala la importancia de desarrollar programas de capacitación permanente sobre el derecho con perspectiva de género, en todos sus ámbitos.

Por su parte, en las “Reglas de Brasilia” -a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 5/2009- se destaca la importancia de la participación de funcionarios y operadores de Justicia en la labor del diseño, la divulgación y la capacitación en orden a la aplicación de las condiciones necesarias que garanticen a las personas en situación de vulnerabilidad el efectivo acceso a la Justicia.

Al respecto, la Corte IDH entendió que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los recursos judiciales deben existir no sólo formalmente sino que deben ser efectivos y adecuados y “Que sean adecuados significa que la función de esos recursos dentro del sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables a todas las circunstancias... la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable... Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez, del 29/7/88).

En el orden regional de los derechos humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva y la consecuente obligación de los Estados de proveer los recursos internos adecuados y eficaces en la tutela de los derechos fundamentales, son reconocidos como un pilar básico del Estado de Derecho (Corte IDH, “Caso López Álvarez” sent. del 1/2/06).

Particularmente con relación a la violencia contra la mujer y respecto a Brasil se ha dicho que “...Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar sino de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineficacia judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad para sancionar esos actos... la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una

muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica...” (CIDH, Caso Maria Da Penha Fernandes, 16/4/01).

Cabe recordar que el 7 de agosto de 2006 Brasil adoptó la ley 11.340, llamada Ley Maria da Penha, que dispone la creación de Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, con competencia civil y criminal, y estipula medidas de asistencia y protección para las mujeres en situación de violencia doméstica o familiar; a fin de dar cumplimiento a las Recomendaciones efectuadas al Estado brasileño por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, y a los contenidos de la Convención de Belém do Pará. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la encargada de aplicar la Convención de Belém do Pará, por primera vez en la resolución del caso individual de Maria da Penha Maia Fernandes.

XIV. Dificultades de índole probatoria

Al igual que sucede con los actos o conductas discriminatorios quien sufre este tipo de sometimientos, persecuciones o abusos, al momento de reclamar debe enfrentarse con las dificultades propias de la acreditación de estas repugnantes conductas que - por sus características- suelen verificarse solapada o encubiertamente o, incluso, en el marco de la relación personal y privada, entre la persona que acosa y la que es acosada.

Por ende, si bien la prueba testimonial suele ser la más idónea para acreditar estos hechos, en la práctica resulta que pocas veces alguien puede testimoniar que ha percibido a través de sus sentidos los sucesos relatados (requisito ineludible para que pueda considerársele testigo), y aun cuando ello ocurra, por encontrarse unido por un vínculo ya sea laboral, personal o comercial con quien ha incurrido en estas conductas, probablemente su imparcialidad se verá severamente condicionada.

Al efecto, cada día adquiere mayor aplicación, en este tipo de procesos judiciales, la teoría de las “cargas dinámicas probatorias”, que en su aplicación práctica significa que no se exija estrictamente la prueba fehaciente de los extremos invocados sino que también se hace caer sobre el otro sujeto la acreditación de aquellas circunstancias que -de acuerdo a las características del caso- se encuentre en mejores condiciones de probar.

Al respecto y en forma contundente y esclarecedora, en términos que compartimos íntegramente, se ha propiciado la flexibilización de la carga de la prueba ¹³⁸ “...en supuestos de violencia laboral y de despidos discriminatorios, estableciendo qué parte es la que, de acuerdo con sus posibilidades, debe esforzarse en aportar las pruebas: es la teoría conocida como la ‘carga dinámica de las pruebas’, ...que adquirió notoriedad en los casos de responsabilidad médica, en los que se desplaza la carga probatoria al profesional y no a la víctima, ...La teoría de la carga dinámica de la prueba se revela como una perspectiva que produce una mutación interna de las reglas distributivas, que pueden ir variando según el que esté en mejores condiciones de probarlas y las circunstancias del caso que se analice, pudiendo recaer sobre quien está en óptimas condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos modificativos o extintivos. ...al empleador no se le impone acreditar la no discriminación o la no lesión de un derecho fundamental, sino que debe probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva se originaron en un incumplimiento real y de suficiente consistencia como para alcanzar la máxima sanción (despido); es decir, que se acredite la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de prestación o de conducta, de tal magnitud que configure injuria grave y no permita la prosecución de la relación laboral (art. 242 L.C.T.), porque, de lo

¹³⁸ PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., “Aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el derecho del trabajo”, Editorial Errepar, Revista Doctrina Laboral, Nro. 223, marzo de 2004, pág. 216 y sigs.,

contrario, el empresario podría encubrir un acto discriminatorio. En este sentido, adquiere relevancia el activismo judicial, pues, para resolver el conflicto con justicia, resulta indispensable que el juez ejerza efectivamente las atribuciones que la ley le acuerda para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, con el objeto de prevenir actos contrarios a la lealtad, a la probidad y a la buena fe, y asegurar la solución en tiempo útil, pues sólo la resolución justa del litigio asegura la paz social...”.

Este aporte doctrinario además de hacerse cargo de las dificultades mencionadas, introduce los principios de solidaridad y colaboración de las partes durante el proceso probatorio el que -en definitiva- tiene como meta ineludible el “esclarecimiento de la verdad material”.

Por otra parte, debemos señalar que las normas procesales le otorgan a quien dirige el proceso y tendrá a su cargo dirimir el conflicto amplias facultades para “ordenar las diligencias y medidas probatorias necesarias para dilucidar los hechos controvertidos” (art. 36 inc. 4 C.P.C.C.N.); de allí que cobre singular importancia el ejercicio que de dichas facultades efectúe el magistrado a los fines de la averiguación de la verdadera naturaleza de las medidas o decisiones adoptadas por el empleador y las razones que las fundamentan.

En tal sentido, también son cruciales los indicios y presunciones que contribuyen a formar convicción en el juez respecto de la verosimilitud del relato, con fundamento en lo dispuesto por el art. 163 inc. 5 C.P.C.C.N. que dice que “las presunciones no establecidas por ley (es decir, las del hombre) 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”.

Sobre este tópico se sostuvo que “...dice Hernando Devis Echandía ...que la voz latina ‘*indicium*’ es una derivación de ‘*indicere*’, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio, en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en distribución de la carga de la prueba, que hace desplazar el onus probandi del actor al demandado, o viceversa según el caso apartándose de las reglas usuales ‘para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva’...”¹³⁹.

Estas complicaciones probatorias también se presentan en el caso de los actos discriminatorios. Y, al respecto, cabe citar, sólo a guisa de ejemplo, que en los tan difundidos casos “Sendoya”¹⁴⁰, “Freddo”¹⁴¹, “R.L.F.”¹⁴², “Balaguer”¹⁴³, “Parra Vera”¹⁴⁴, “Álvarez”¹⁴⁵, entre otros, se dedicaron interesantes consideraciones a la teoría de las cargas dinámicas probatorias y al cúmulo de indicios que forman convicción en el juzgador, las que demás está decirlo resultan plenamente aplicables a las circunstancias del tipo de las que estamos comentando.

La cuestión ha sido clarificada por el Máximo Tribunal en la causa “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”, 15/11/11, en la que sostuvo que “...el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las

¹³⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo 2, 3ra. edición, Ed. Zavalía, Bs. As., 1974, pág. 601.

¹⁴⁰ “Sendoya, Josefina O. C/Travel Club S.A.”, C.N.Civ., Sala H, 4/9/00.

¹⁴¹ “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.”, C.N.Civ., Sala H, 16/12/02.

¹⁴² “R., L. F., c/Trenes de Buenos Aires S.A.” C.N.Civ., Sala E, 30/9/03.

¹⁴³ “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L. s/juicio sumarísimo”, C.N.A.T., Sala VI, Sent. Def. 56971, 10/3/04.

¹⁴⁴ “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. s/Acción de Amparo”, C.N.A.T., Sala V, Sent. Def. Nro. 68536, 14/6/06.

¹⁴⁵ “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/Acción de Amparo”, C.N.A.T., Sala II, Sent. Def. Nro. 95.075, 25/6/07.

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 éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. ... En ese contexto corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos ...que se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, 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. Y, en segundo lugar, 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 imputa la responsabilidad por el mencionado acto. ...ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuantos éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional...”. Concluyó el alto tribunal que “...resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, conformidad con las reglas de la sana crítica...”.

Por otra parte, la C.S.J.N., reforzó dicha línea interpretativa en la causa “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo”, C.S.J.N., 20/5/14, en la que con relación a las cargas probatorias en problemáticas como la que nos ocupa, señaló 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... Para compensar estas dificultades... el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. ...para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, 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”.

Agrega la Corte en este último pronunciamiento que al concluir que no se había acreditado un acto discriminatorio, la sentencia en recurso no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni tuvo en cuenta los criterios señalados en el anterior considerando y, remarca, que de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso *prima facie* encuadrable en una situación discriminatoria.

Para fundar dicha afirmación remite a las pruebas enumeradas en el punto IV del Dictamen de la Procuración General y, en particular, a las nóminas de empleados incorporadas al expediente y al informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero.

Con relación a la postura asumida por las demandadas remarca, el Alto Tribunal que “...las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y

prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular. Es que este tipo de defensas -que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria- no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable... especialmente en este caso, en el cual el propio sentenciante ha reconocido la existencia de lo que dio en llamar 'síntomas discriminatorios en la sociedad', que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y 'entre risas' que esto es 'Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias... Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos... Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y ...no es tiempo de que una mujer maneje colectivos...".

Y, finalmente, concluye el Alto Tribunal que "...de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el aquí planteado y, en consecuencia, corresponde su revocación...".

Coincidimos con lo que se ha dicho ¹⁴⁶ respecto de la mujer y el acceso a la Jurisdicción con particular referencia a los casos de violación pero que -a nuestro entender- resulta aplicable a cualquier situación de violencia de género, incluida la que se analiza en el caso que estamos tratando. "La aplicación de estereotipos suele afectar, incluso, el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo. Agregamos, entonces, ...que el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer tiene indicado que el Poder Judicial 'debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género'. Es cuestión, entonces, de asegurar que todas las actuaciones judiciales relativas a dichos casos, 'no se vean afectadas por prejuicios o nociones estereotipadas sobre la sexualidad femenina y masculina. Para ello, se necesitan diversas medidas dirigidas al sistema jurídico, para mejorar la forma en que los tribunales se ocupan de las causas de violación, así como formación y educación para cambiar las actitudes discriminatorias contra las mujeres' (Comunicación 18/2008, 'Karen Tayag Vertido v. Filipinas', 16/7/10). Bueno es tener presente que así como el género funciona dentro del derecho, así también el derecho funciona para crear género".

Por último, cabe mencionar que esta línea interpretativa persigue la adecuación del principio protectorio y del principio *pro homine* y sus derivaciones, al plano procesal ¹⁴⁷; ya que tanto los principios generales que ilustran el Derecho del Trabajo, así como los que rigen en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exigen cierta facilitación de la prueba en aquellos casos en que los derechos fundamentales de la persona humana se encuentran en juego.

XV. Conclusiones

¹⁴⁶ GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2013, pág. 199.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tomo I, segunda edición actualizada, Ed. La Ley, Bs. As., 2000, pág. 310 y sigs., quien sostiene que el principio protectorio se expresa en normas que suplen la insuficiencia del dependiente para autoprotgerse. De este principio se derivan reglas prácticas que lo reflejan y permiten su aplicación en los casos concretos. ...Todas estas reglas se manifiestan en el proceso, en algunos casos dando pautas para la decisión del conflicto y en otros creando presunciones u originando, justificando o delimitando instituciones propias del procedimiento. ...el derecho sustancial establece algunas de las directrices que deben quedar reflejadas en el derecho de forma. Dichas bases fundamentales pueden dar una pauta procesal (por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba, la gratuidad del proceso, la extensión del principio pro operario a la prueba de los hechos) o dejar tales aspectos al cuidado exclusivo del orden procesal. Pero a éste le corresponde siempre crear las formas acordes con los derechos que se busca proteger".

Ya hemos mencionado las innumerables vinculaciones que esta problemática tiene con las pautas culturales imperantes en determinadas comunidades y con prejuicios y estereotipos socialmente difundidos, que sólo podrán ser removidos con una labor constante y continuada que apunte al largo plazo.

También hemos aludido al notable incremento de la violencia contra la mujer, en sus diferentes modalidades, y las relaciones “asimétricas” de poder subyacentes en toda forma de violencia, especialmente en el ámbito laboral. Y aquí queremos remarcar especialmente lo mencionado en cuanto a las múltiples consecuencias dañosas que cualquier forma de discriminación o violencia en el ámbito laboral acarrea, así como el incremento de tales efectos cuando además son pobres, o tienen responsabilidades familiares a su cargo, toda vez que su situación de sometimiento o subordinación se potencia y, por ende, encuentran mayores dificultades o condicionamientos al momento de poner resistencia o denunciar estas repugnantes prácticas.

La reflexión sobre estas cuestiones y su difusión, en especial sobre los mecanismos y vías de reclamación y los alcances de las sanciones, tiene suma importancia para quienes sufren este tipo de prácticas, a fin de que conozcan las múltiples posibilidades que el ordenamiento jurídico les ofrece para romper el “círculo” de violencia en que se encuentran.

En otras palabras, propiciamos anteriormente ¹⁴⁸ la implementación de normas públicas y privadas (provenientes de la negociación colectiva) que atiendan específicamente a estas situaciones de violencia en el ámbito laboral y que propicien planes concretos de acción y prevención ¹⁴⁹ en la materia.

Por tanto, es indiscutible la importancia de la ley 26.485 que ha puesto en el centro del debate la importancia de la prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia contra la mujer en cualquiera de los ámbitos en que ella se desarrolla, ha efectuado una pormenorizada descripción de los diferentes alcances y modalidades que puede presentar la problemática, ha establecido en forma contundente los alcances de la reparación de las consecuencias dañosas que de estas prácticas repudiables se derivan y ha estipulado obligaciones muy concretas en la materia y que alcanzan a los diferentes poderes y reparticiones del Estado.

La mencionada ley involucra un aspecto de la persona humana tan sensible para el Derecho del Trabajo como es la dignidad de la trabajadora, su integridad física, psíquica y moral y la tutela de su salud, así como el resarcimiento de los daños que puedan derivarse del ámbito laboral y, en ese aspecto, se debe poner el acento en la revalorización de la persona humana por sobre las leyes del mercado o cualquier otro tipo de pauta mercantilista (como dijera la C.S.J.N. en el caso “Vizzoti” ¹⁵⁰). Como sostuvo el Alto Tribunal en el caso “Aquino” ¹⁵¹, la persona humana -agregamos, sin distinción de género- “...es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental ...el trabajo humano tienen características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional ...Y ello sustenta la obligación de los que

¹⁴⁸ DOBARRO, Viviana M., op. cit.

¹⁴⁹ MEDINA, Graciela-BARBADO, Patricia, “El acoso psicológico en el trabajo y la reparación según el derecho de daños”, en *Responsabilidad civil*, Aída Kemelmajer de Carlucci, cit., pág. 481 y sigs., sostienen que “la reparación integral de los daños ya causados debe estar acompañada también por la anticipación con la implementación de políticas públicas de prevención partiendo de una visión más solidaria y de la revalorización del concepto de la persona, porque, como bien lo señala Mosset Iturraspe, de poco sirven las preocupaciones jurídicas si no traen aparejada para el hombre concreto ‘una vida mejor’”.

¹⁵⁰ C.S.J.N., “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido”, 14/9/04.

¹⁵¹ C.S.J.N., “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, 21/9/04.

utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan...”.

Finalmente, como sostuvo Juan SOMAVÍA, “El objetivo primordial de la OIT es promover oportunidades para que las mujeres y los hombres consigan un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana ...El trabajo decente ...implica oportunidades de obtener un trabajo productivo con una remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas para el desarrollo personal y la integración social y libertad para que los individuos manifiesten sus preocupaciones, se organicen y participen en la toma de aquellas decisiones que afectan sus vidas, así como igualdad de oportunidades y de trato para mujeres y hombres”.

En este sendero se inserta la ley 26.485, camino abierto por todas las mujeres que desde su ámbito concreto de acción han luchado y lo siguen haciendo, muchas veces en silencio y en el anonimato, y otras desde la acción y el compromiso social, por el reconocimiento no sólo de iguales derechos, sino de iguales “oportunidades” para ejercerlos, a la par que de su derecho a vivir y trabajar en un ambiente digno, sano y libre de toda forma de violencia; tarea en la que contaron con el apoyo de diversos organismos internacionales y asociaciones intermedias, así como también con el invaluable aporte de la labor creativa de los jueces y juezas que haciéndose eco del mandato constitucional y de las normas internacionales, fueron progresivamente recogiendo en sus decisiones los preceptos mencionados. Vía en la que pese a los avances experimentados nos queda mucho por hacer trabajando codo a codo ¹⁵², sin distinción de género, en aras de construir una sociedad más justa, solidaria, democrática, con igualdad de oportunidades para todas y todos y sin violencia.

¹⁵² CAUBET, al presidir la delegación argentina en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en México en 1975, sostuvo que era ineludible que “hombres y mujeres, luchemos codo a codo, por la revolución...”, entendida esta última en el sentido propio de la época y de los postulados de la Conferencia. La Conferencia de México fue el punto culminante del Año Internacional de la Mujer. Los ejes temáticos fueron igualdad, desarrollo y paz y fue la primera reunión intergubernamental cuyo programa estaba dedicado a la mujer en la sociedad, y la primera en que prácticamente todas las delegaciones tenían mujeres entre sus miembros.