

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

**TÍTULO:** *“LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS”* Doctrina y Jurisprudencia.-

**APELLIDO Y NOMBRE DE LAS ALUMNAS:** BONKOWSKI, Yamila Araceli; RIVARA, Florencia Anabel; SIFRE, María Florencia.-

**ASIGNATURA SOBRE LA QUE SE REALIZA EL TRABAJO:** Derecho Constitucional.-

**DIRECTOR DE TESIS:** CAÑON, Jorge Oscar.-

**AÑO:** Santa Rosa, La Pampa, 2017.-

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	6
CAPÍTULO I.....	8
1. El rol de la mujer a lo largo de la historia.....	8
2. La mujer, nuevo sustento familiar .....	10
CAPÍTULO II.....	12
1. Precisiones terminológicas .....	12
1.1 ¿Qué debe entenderse por discriminación?.....	12
1.2 ¿Qué debe entenderse por género?.....	14
1.3 Diferencia entre género y sexo .....	15
1.4 ¿Qué es el análisis de género o la perspectiva de género? .....	17
CAPÍTULO III.....	19
1. Igualdad e igualdad de oportunidades .....	19
CAPÍTULO IV .....	22
1. Derechos Humanos.....	22

2. El trabajo como derecho humano fundamental.....	22
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>24</b>
1. Marco Normativo .....	24
1.1 Instrumentos Internacionales.....	24
a) Declaración Universal de Derechos Humanos .....	24
b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	25
c) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer .....	26
d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.....	27
e) Convenios de la OIT.....	29
i. Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100).29	
ii. Convenio sobre la discriminación (núm. 111).....	30
iii. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares .....	30
iv. Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 183).....	31
f) Recomendaciones de la OIT .....	32
1.2 Normas Nacionales .....	33

a) Constitución Nacional .....	33
b) Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo .....	34
c) Ley Antidiscriminatoria N° 23.592.....	38
d) Ley N° 26.485 de Protección integral a las Mujeres y Decreto Reglamentario N° 1.011/10.....	38
1.3 Normas Provinciales .....	39
a) Constitución de la Provincia de La Pampa .....	39
b) Ley N° 2.550 – Adhesión Ley Nacional N° 26.485 – De protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.....	40
<b>CAPÍTULO VI .....</b>	<b>41</b>
1. Casos jurisprudenciales .....	41
<b>CAPÍTULO VII .....</b>	<b>54</b>
1. Acciones positivas y Doctrina del “drittwirkung der grundrechte” .....	54
1.1 Concepto de acciones positivas .....	54
1.2 Aspectos negativos de las acciones positivas .....	55
1.3 Doctrina del “drittwirkung der grundrechte” .....	56

1.4 Teorías negatorias de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas entre particulares .....	59
CONCLUSIÓN.....	62
BIBLIOGRAFÍA .....	65

*“Si Eva hubiera escrito el Génesis, ¿cómo sería la primera noche de amor del género humano? Eva hubiera empezado por aclarar que ella no nació de ninguna costilla, ni conoció a ninguna serpiente, ni ofreció manzanas a nadie, y que Dios nunca le dijo que parirás con dolor y tu marido te dominará. Que todas esas historias son puras mentiras que Adán contó a la prensa”.*

**-Eduardo Galeano-**

## INTRODUCCIÓN

La discriminación de género es un fenómeno a escala mundial que constituye un obstáculo para el desarrollo humano sostenible y para la democracia. Por ello, en el presente trabajo de tesis, nos proponemos analizar desde una perspectiva de género, la participación de las mujeres en el mercado laboral y el doble rol que cumplen hoy día, desempeñándose tanto en el ámbito privado, realizando las tareas propias del hogar, como en el público, en el cual llevan a cabo actividades remuneradas que muchas veces constituyen el sustento económico de sus hogares.

Ese análisis nos obliga a examinar la normativa vigente a nivel internacional y local como así también la función que desempeña el Estado como garante y principal obligado respecto de los derechos de los grupos vulnerados.

También nos avocamos aquí, a la obligación que tienen los jueces, como intérpretes de la letra de la ley, de resolver con perspectiva de género cada caso en que se encuentren involucrados los derechos

laborales de las mujeres, puesto que éstos están íntimamente vinculados con la dignidad humana.

## CAPÍTULO I

### 1. El rol de la mujer a lo largo de la historia.

En la antigüedad, las tareas domésticas y productivas se realizaban en un mismo espacio físico; razón por la cual la división sexual de las labores entre hombres y mujeres, no se percibía como una desigualdad, ni se desvalorizaban las tareas del hogar sino que, muy por el contrario, todas las tareas dentro de la unidad económica familiar apuntaban al sostenimiento y reproducción de la familia.

A partir de la Revolución Industrial se delimitan dos ámbitos de acción, uno privado y otro público, y con esto conjuntamente, la monetización de la economía y el trabajo asalariado del hombre. De esta manera, adquiere mayor evidencia el trabajo no remunerado de la mujer y la relación entre ambos comienza a desnivelarse.

Aquellos ámbitos, han sido tradicionalmente utilizados para realizar estudios de género. Así, se ha distinguido desde antaño que las actividades socialmente más valoradas las realizan los varones y por el contrario, las que se desarrollan en el espacio privado, las femeninas,

son las menos valoradas socialmente puesto que, no son objeto de apreciación pública.

A medida que se va desarrollando la industria comienza a hacerse cada vez más necesaria la mano de obra femenina en los establecimientos fabriles. Sin embargo, tal como lo manifiesta Mirta Lobato, en esa época pareció no advertirse, que las mujeres que se incorporaban al trabajo fabril, seguían garantizando la reproducción familiar. El peso de las tareas domésticas, la administración de la casa y crianza de los hijos continuó bajo la órbita femenina. No hubo sustitución de una función por otra, sino una doble función y las consecuencias para las mujeres en términos de salud, libertad y desarrollo laboral, han sido muy negativas y sentidas hasta en la actualidad.

La historia de hombres y mujeres está marcada por la desigualdad. Desde tiempos remotos, se ha distinguido que la mujer tiene la fuerza para parir y el hombre la fuerza de trabajo, y que por esta condición biológica se ha relegado a la mujer a la esfera privada, debiendo dedicarse a la atención de la casa, el marido y la crianza de sus hijos. En el hogar, las mujeres asumen de forma casi exclusiva las responsabilidades familiares y el trabajo doméstico, que conduce a la doble o triple jornada, con lo cual se reducen sus oportunidades de

empleo, de calificación, de promoción y se hace más notoria la falta de protección social.

La consecuencia más evidente de que las mujeres constituyen un grupo vulnerado es que no han tenido posibilidad de participar en la discusión de todo tipo de cuestiones, ni siquiera en aquellas que las afectan directamente.

Fue recién en los años 60 y 70 que las mujeres comenzaron a tener mayor acceso a la formación universitaria, a la producción intelectual y a los puestos de dirigencia, alcanzando al día de hoy una paridad formal que no se refleja en la realidad.

## **2. La mujer, nuevo sustento familiar.**

“La participación de la mujer en la fuerza de trabajo es una realidad creciente por diferentes motivos, sea por libre elección, por el interés de ejercitar una capacidad adquirida y desarrollarse como personas independientes o, también, obligadas por la necesidad de sostener una familia y aportar a su mantenimiento, cada vez son más las mujeres que realizan trabajos extradomésticos o demandan un empleo.

Muchas mujeres se han convertido en “jefas laborales” sosteniendo económicamente sus hogares, apartándose del “modelo tradicional” de familia, donde el principal proveedor era el varón”.<sup>1</sup>

La inserción de la mujer en el mercado laboral, no implica solamente un desafío individual o la concreción de un proyecto de vida, sino que en la mayoría de los casos es la necesidad de sustentar económicamente a su familia la que la obliga a desempeñar tareas remuneradas. Esta condición hace más necesario el resguardo de los derechos laborales de las mujeres, que de ser vulnerados afectarían no solo a estas sino también a todas las personas que se encuentran bajo su dependencia.

---

<sup>1</sup> Departamento de Investigación Institucional para la Integración del Saber. Pontificia Universidad Católica Argentina. “Programa ‘La Deuda Social Argentina’ 1 TRABAJO Y DESOCUPACIÓN”. UCA, Buenos Aires; Año 2003. Págs.112- 113

## CAPÍTULO II

### 1. Precisiones terminológicas.

Para poder comenzar el análisis, se hace necesario hacer previamente ciertas aclaraciones terminológicas:

#### 1.1 ¿Qué debe entenderse por discriminación?

“La discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, preferencia u otro trato diferente que, directa o indirectamente, se basa en la pertenencia real o imaginaria de la persona a un determinado grupo o categoría que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertad fundamental de todas las personas”.<sup>2</sup>

En ese mismo sentido y de manera un poco más amplia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, prescribe en su art. 1 que, “A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda

---

<sup>2</sup> INADI. “Derecho al trabajo sin discriminación. Hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Año 2013. Pág. 11.

distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, 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 otra esfera”.

También el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación sancionado en el año 1958, establece que “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- A) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- B) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el (Estado) Miembro interesado...”

En el ámbito doctrinario podemos citar a Julio Armando Grisolia para quien, “discriminar” implica ser tratado de manera distinta. En el ámbito de las relaciones laborales, la discriminación será ilegal cuando el tratamiento diferenciado sea además, injusto.

Por último cabe aclarar que la discriminación puede tomar distintas formas, y no es indispensable que sea intencional para que sea merecedora de reproche y reparación.

## **1.2 ¿Qué debe entenderse por género?**

La mayoría de los autores coincide en que el término género fue acuñado por primera vez por las feministas norteamericanas como muestra de rechazo al determinismo biológico que caracterizó al patriarcado.

Tanto los hombres como las mujeres son definidos uno en razón del otro, de modo que no puede estudiarse al sujeto oprimido o al dominante en forma separada, sino que se requiere observarlos desde una perspectiva amplia que permita comprender los fundamentos de la desigualdad.

Según Joan Scott, el género puede ser definido tomando en cuenta dos aspectos sustanciales, que a su vez pueden dar lugar al análisis de

determinados sub-aspectos. Por un lado debemos concebir al género como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y dentro de esta concepción podemos apreciar cuatro elementos: 1) el elemento simbólico, compuesto por símbolos culturalmente disponibles y aceptados; 2) el elemento normativo constituido por aquellos conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados simbólicos entre los cuales pueden hallarse doctrinas religiosas, educacionales, legales, políticas, científicas, etc.; 3) el elemento institucional y político, que implica tener una visión amplia y expandida de género, que no se circunscriba a lo meramente familiar, sino también al mercado de trabajo, a la educación y a la política, por citar algunos ejemplos; 4) el elemento de identidad subjetiva. Estos cuatro elementos que integran el primer aspecto del género, funcionan de manera inescindible entre sí.

Por otro lado, género también se define como una forma primaria de las relaciones significantes de poder.

### **1.3 Diferencia entre género y sexo.**

El vocablo “sexo” hace referencia a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres y no determina necesariamente los comportamientos.

El concepto “género”, en cambio, designa lo que cada sociedad atribuye a uno u otro sexo.

Significa la construcción social del hecho de ser mujer y hombre, la interrelación entre ambos y las diferentes relaciones de poder o subordinación en que esta se presenta. Este sistema es el conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de las diferencias sexuales” (De Barbieri, 1992).

Dicho sistema determina la imposición social diferenciada para mujeres y hombres así como las relaciones desiguales entre ambos. “Históricamente, el sistema sexo-género ha generado discriminación y marginación de las mujeres en los aspectos económicos, políticos, sociales y culturales, así como en los ámbitos público y privado”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> BADILLA CALDERÓN, ELIZABET (Directora). “Discriminación de género y derechos laborales de las mujeres. Una responsabilidad compartida que requiere un esfuerzo conjunto”. Pág. 38 [http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/33\\_pub43\\_estudiogeneroder\\_laboraleshon.pdf](http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/33_pub43_estudiogeneroder_laboraleshon.pdf)

#### **1.4 ¿Qué es el análisis de género o la perspectiva de género?**

Alda Facio en una síntesis de su libro “Cuando el género suena, cambios trae”, explica que el análisis desde una perspectiva de género no es más que una metodología utilizada para democratizar el derecho. La autora refiere que no se trata de una metodología complicada y que la misma involucra seis pasos que no conllevan mayor dificultad una vez que se ha tomado conciencia de cómo opera el sexismo en nuestras vidas.

A continuación haremos una breve mención de los seis pasos que Facio nos propone:

“PASO 1: TOMAR CONCIENCIA DE LA SUBORDINACION DEL SEXO FEMENINO EN FORMA PERSONAL: implica tomar cuenta de la infravaloración de lo femenino en todo el quehacer humano. Para las mujeres, en particular, significa hacer conciencia de su status de persona subordinada, discriminada, oprimida; mientras que para los hombres simboliza la toma de conciencia de sus privilegios basado en el hecho de la subordinación de las mujeres.

PASO 2: IDENTIFICAR LAS DISTINTAS FORMAS EN QUE SE MANIFIESTA EL SEXISMO: por ejemplo, en el androcentrismo, el familismo, la dicotomía sexual, o la insensibilidad al género.

PASO 3: IDENTIFICAR CUÁL ES LA MUJER QUE ESTÁ PRESENTE O INVISIBILIZADA: conlleva la tarea de identificar cual es la mujer que se contempla como “el otro” del paradigma de ser humano que es el hombre/varón y qué efectos tiene ello sobre las mujeres de distintos sectores, razas, etnias, creencia y orientaciones sexuales, entre otras.

PASO 4: IDENTIFICAR CUÁL ES LA CONCEPCIÓN O ESTEROTIPO DE MUJER QUE SIRVE DE SUSTENTO AL TEXTO LEGAL: desentrañar si se hace referencia a la mujer-madre o mujer-familia o a la mujer en cuento al hombre, etc.

PASO 5: ANALIZAR EL TEXTO LEGAL TOMANDO EN CUENTA LA INFLUENCIA Y EFECTOS QUE PUEDEN TENER OTROS COMPONENTES DEL FENÓMENO LEGAL.

PASO 6: AMPLIAR Y PROFUNDIZAR LA TOMA DE CONCIENCIA DE LO QUE ES EL SEXISMO Y COLECTIVIZARLA: Facio dice que una vez que se ha tomado conciencia de lo que es y significa el sexismo, cualquiera siente la necesidad de trabajar para derrocarlo y que esa lucha necesariamente debe ser colectiva.”

## CAPÍTULO III

### 1. Igualdad e igualdad de oportunidades.

Hablar de igualdad nos remite inmediatamente a las grandes declaraciones de derechos realizadas a fines del siglo XVIII y principios del XIX, y rápidamente una conocida premisa hace eco en nuestras mentes “todos los hombres son iguales ante la ley”, los hombres. Ese ha sido uno de los mayores postulados que hemos heredado de la Revolución Francesa, y que también en esa época tuvo un sentido restringido, circunscripto al hombre blanco, capaz, con tierras. Más aquí en el tiempo la palabra hombre comenzó a tomar una significación distinta dentro de aquella premisa, comenzando a entenderse que se refería a humanidad, incluyendo así a “todos” los seres humanos.

Sin embargo para Alicia Ruiz hablar de humanidad, en general, implica borrar a los hombres y mujeres concretos y con ellos sus diferencias, de modo que si bien ello permite lograr una igualdad formal, la misma no se traduce en la realidad. La generalización invisibiliza las diferencias existentes entre hombres y mujeres, tratando de que sean iguales,

cuando en realidad no lo son y por ello esta autora propone volver la mirada sobre los varones y mujeres en su concreitud y en sus diferencias, asegurando la “*igualdad de los diferentes*”.

En nuestro sistema jurídico el principio de igualdad encuentra su máxima expresión en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, que intenta abolir las diferencias. Sin embargo, María Angélica Gelli, en su comentario a dicho artículo manifiesta que es la misma norma la que crea “categorías sospechosas” que violan la igualdad. Una de esas categorías son las mujeres, a las que se les dio un trato diferenciado a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer mediante la ley 23.179.

Por otro lado, la igualdad de oportunidades, según Iglesias Villa, ha sido conceptualizado como un principio básico de justicia social para colocar, en la medida de lo posible, a todos los ciudadanos en las mismas condiciones de partida, permitiéndoles competir libremente y exigiendo la intervención estatal que asegure a todos que tendrán incluso las mismas posibilidades de adquirir la idoneidad y capacidad necesaria para competir en pos de recursos y posiciones sociales que les permitan desarrollar su plan de vida.

El mandato constitucional que obliga al Estado a brindar igualdad de oportunidades a todos sus habitantes no solo conlleva una acción negativa del mismo de no discriminar sino que además implica que debe contrarrestar todas aquellas situaciones que generan desigualdad.

## CAPITULO IV

### 1. Derechos Humanos.

Según la Oficina del Alto Comisionado para Los Derechos Humanos de la ONU, derechos humanos “son aquellos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición”. Esto implica que todos los sujetos por el solo hecho de ser tales, tienen una serie de derechos frente al Estado que éste debe respetar y garantizar o bien realizar los esfuerzos necesarios para que se reconozcan y apliquen efectivamente.

### 2. El trabajo como derecho humano fundamental.

En las sociedades modernas el trabajo es visto como ordenador de la vida social, comunitaria y familiar.

Sin dudas el trabajo debe ser entendido como un derecho humano, que constituye una prerrogativa fundamental en la vida de las personas, no

solo porque así lo prescribe nuestra Carta Magna cuando reza que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...” (art. 14 CN), sino porque es un derecho que se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana, que es la fuente de todos los derechos humanos, ya que es en base a su reconocimiento, que se pueden alcanzar la libertad, la justicia y la paz en el mundo.

Las personas buscan a través del trabajo, la obtención de un salario, de un ingreso económico suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, pero también para llevar a cabo un proyecto de vida. Dicho esto, es claro que, por medio de la realización de una actividad laboral, el sujeto efectiviza otros derechos que le han sido reconocidos en el ordenamiento jurídico, por lo que al decir de algunos doctrinarios, el trabajo es un derecho bisagra, canalizador y facilitador de otros fines.

Los derechos humanos laborales son aquellos formalizados en instrumentos internacionales de derechos humanos que, abordando el mundo laboral, reconocen como sujeto de derecho a la persona humana sin distinción, teniendo como objetivo la satisfacción de las necesidades básicas del trabajo y como fundamento a la dignidad humana.

## CAPÍTULO V

### 1. Marco Normativo.

#### 1.1 Instrumentos Internacionales.

Las normas internacionales del trabajo son una de las vías principales de acción para promover mejores condiciones laborales y de vida.

Dentro de éstas destacamos los siguientes:

##### a) Declaración Universal de Derechos Humanos.

En su art. 1 establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”; y en el 2.1 reza que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. A través de esta Declaración, “por consenso entre los estados se establece una nueva construcción normativa donde hombres y mujeres tendrán el mismo rango de sujetos de derecho, al tiempo que los Estados asumen ante la comunidad

internacional el compromiso de garantizar la igualdad real y su correlato, consistente en la obligación de adaptar las legislaciones internas, el funcionamiento de los poderes públicos, y la remoción de prácticas culturales y sociales para hacer efectivas las igualdades, debiendo encarar políticas públicas para la inclusión de todos los componentes de la sociedad que se encuentren en situación de desventaja o exclusión”.

También es importante destacar el art. 23 que establece el derecho al trabajo, a la libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias, y a un salario igual por igual trabajo.

b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Esta declaración aprobada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá en el año 1948, prescribe en su art. 14 que “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades de empleo existentes”. Y también instituye la prerrogativa de que todo ser humano perciba una remuneración acorde a su “capacidad y destreza” que le asegure un nivel de vida adecuado para sí y para su familia.

c) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Esta convención fue suscripta por Argentina en el año 1980 y ratificada por el Congreso Nacional en 1985 a través de la ley N° 23.179.

En ella, los Estados parte se obligan a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de todos los derechos. Los suscribientes reconocen que para lograr una igualdad material entre hombres y mujeres es necesario “modificar el papel tradicional” que ellos cumplen en la sociedad y en la familia.

“La CEDAW es una convención que tiene como objetivo central reafirmar la dignidad e igualdad de derechos entre hombres y mujeres, reconociendo el estado de mayor vulnerabilidad de estas y por ello la situación de exclusión, menoscabo, limitación, y discriminación de la que son objeto”.<sup>4</sup>

Los lineamientos de la convención giran alrededor del compromiso que asumen los Estados de realizar cambios en su legislación, prácticas y

---

<sup>4</sup> FIGUEROA, ANA MARÍA. “Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina”. Revista de Derecho Público. Año III, Número 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Pág. 115.

políticas públicas con el fin de lograr la mayor paridad entre hombres y mujeres.

El art.11 se refiere a la discriminación en el ámbito laboral, rezando: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: el derecho a igual remuneración, impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad; derecho a la seguridad social, entre otras”.

Esta convención es de fundamental importancia porque a partir de la reforma constitucional de 1994 adquirió rango constitucional junto con otros once tratados de derechos humanos, los que fueron incorporados en el art. 75 inc. 22 de nuestra ley fundamental.

d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Belem Do Pará (Brasil) y nuestro país la ratificó en

el año 1996 mediante ley N° 24.632. En nuestro sistema jurídico, este instrumento tiene jerarquía superior a las leyes.

En esta convención se exhorta a los Estados partes a adoptar políticas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, modificando su legislación interna, instando la toma de medidas jurídicas respecto de los agresores, y modificando todo tipo de práctica consuetudinaria que tolere la discriminación contra la mujer en cualquiera de sus formas. En su texto hace fundamental hincapié en la importancia de adoptar medidas de prevención y de brindar un efectivo acceso al resarcimiento, de efectuar estadísticas que permitan evaluar las causas y la efectividad de las medidas con que se abordan y de generar campañas de concientización destinadas a contrarrestar prejuicios, costumbres y prácticas que legitimen la violencia contra la mujer.

Según el art. 10 de esta convención, los Estados firmantes deben elevar informes periódicos a la Comisión Interamericana de Mujeres, en los cuales aporten datos de las medidas que han adoptado en pos de efectivizar los derechos de las mujeres a vivir una vida sin violencia.

“Cualquier persona, grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidos en uno o más Estados de la OEA, puede

presentar peticiones a la CIDH cuando se hubiere violado la Convención...”<sup>5</sup>

e) Convenios de la OIT.

Se trata de instrumentos internacionales elaborados en el marco de acción de la Organización Internacional del Trabajo. Relacionados con nuestro centro de estudio, citamos los siguientes:

i. Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100).

Este convenio sancionado en el año 1951, establece diversas proposiciones relativas al principio de la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Para ello establece que deben tomarse criterios objetivos para la evaluación del empleo; ello significa que la o las diferencia/as entre las tasas de remuneración, independientemente del sexo, deben resultar de una evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, de modo que

---

<sup>5</sup> FIGUEROA, ANA MARÍA. “Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina”. Revista de Derecho Público. Año III, Número 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Pág. 117.

no pueden considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración, aunque resulten de un trabajo de igual valor.

ii. Convenio sobre la discriminación (núm. 111).

Firmado en 1958, compromete a los suscribientes a formular y llevar a cabo una política nacional que facilite la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito de formación profesional, de admisión en el empleo, como así también en las condiciones de trabajo.

En su artículo primero, que ya hemos citado en el Capítulo II de Precisiones Terminológicas, establece qué debe entenderse como acto discriminatorio en el empleo u ocupación, pudiendo cada Estado miembro ampliar o disminuir esa gama de conductas previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

iii. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (núm. 156).

La finalidad que persigue es la protección del grupo familiar, por ello dispone que los Estados deberán adoptar medidas compatibles con las

necesidades de esos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares y el desarrollo de servicios comunitarios, públicos o privados, de asistencia de la infancia y de la familia.

El ámbito de aplicación del Convenio se circunscribe a todos los trabajadores limitados por las responsabilidades de familia frente a las posibilidades de prepararse para la actividad económica, y de ingresar, participar y progresar en ella.

Otra de las disposiciones trascendentes de este instrumento de la OIT, es la que refiere que la responsabilidad familiar no puede constituir por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

iv. Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 183).

Adoptado en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra en el año 2000, este convenio pretende proteger la situación laboral de las mujeres-madres, de manera tal que el trabajo no constituya un impedimento en la formación y atención de la familia, y viceversa, es decir, que la “condición de madre” no sea un obstáculo en el desarrollo laboral de las mujeres.

Con ese fundamento se establecen medidas tendientes a la protección de la salud tanto de la madre como del hijo que se materializa en la concesión de licencias tales como: licencias por maternidad, licencias por casos de enfermedad u otras complicaciones que puedan producirse como consecuencia del embarazo o del parto. Por otra parte, se hace referencia al derecho de la mujer a que esas licencias sean pagas y que las prestaciones pecuniarias que reciba en ese concepto sean de una cuantía *“que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado”*.

A su vez se prohíbe a los empleadores despedir mujeres embarazadas o que se encuentren gozando de licencia por maternidad, excepto que el despido no esté relacionado al embarazo, al nacimiento del hijo y sus consecuencias o a la lactancia, cuya prueba incumbe al empleador.

f) Recomendaciones de la OIT.

Estos instrumentos, aunque no resulten obligatorios para los Estados parte, son de trascendental importancia a la hora de poner en práctica los principios sentados en los convenios ut supra mencionados. Las recomendaciones que interesan al presente trabajo son:

- i. Recomendación sobre igualdad de remuneración.
- ii. Recomendación sobre la discriminación.
- iii. Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.
- iv. Recomendación sobre la protección de la maternidad.

## **1.2 Normas Nacionales.**

### a) Constitución Nacional.

Según lo explica Germán Bidart Campos, en su obra Manual de la Constitución Reformada, nuestra ley fundamental ha prohibido el trato discriminatorio, para algunos de manera implícita, para otros no tanto, desde su texto originario, cuando rezó en la letra del art. 16 “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

El citado autor refiere que la reforma constitucional del año 1994 *“ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la mera igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social y completando las normas de la constitución histórica”*. Desde entonces

hallamos incorporados en nuestra ley fundamental once tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los cuales se encuentra la CEDAW (art. 75 inc. 22, 2° párrafo).

En ese mismo orden de ideas, una de las normas que Bidart Campos refiere como superadoras es el art. 75 inc. 23, que adjudica atribución exclusiva y obligatoria al Congreso para “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 esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

b) Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744.

La Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, prohíbe el trato discriminatorio de manera general cuando prescribe en su art. 17 que “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”, y de manera específica en el Título VII destinado a regular el trabajo de mujeres, prohibiendo expresamente en el art. 172, el trato discriminatorio

en razón del sexo. Este artículo consagra como principio general que la mujer puede celebrar toda clase de contratos laborales, no pudiendo consignarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentaciones autorizadas, ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral.

Asimismo, en su última parte, consagra el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea consagrado en el art. 14 bis CN, al disponer que “En las convenciones colectivas o tarifa de salarios que se elaboren se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.”

Es de destacar que la prohibición de la desigualdad de remuneración entre hombre y mujer aparece además consagrada en la ley N° 20.392 de “Prohibición de establecer diferencias de remuneraciones entre el trabajo femenino y masculino”, que entró en vigencia en el año 1974 y que en su art. 1 prescribe que “No se podrán establecer diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Será nula cualquier disposición en contrario que se establezca en las

convenciones colectivas de trabajo que se celebren o renueven a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.”

Por otra parte, el principio al que nos venimos refiriendo también se encuentra consagrado en el art. 81 LCT, que postula: “Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”

Al comentar el mismo, Grisolia sostiene que se consagra así el deber de no discriminar e igualdad de trato, que esencialmente consiste en el derecho que tiene toda persona a no ser discriminada arbitrariamente. Se trata de un derecho atribuido con carácter general al conjunto de los habitantes, que al ser ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral se convierte en un derecho fundamental porque tutela a los sujetos en una doble calidad: como personas y como trabajadores.

Sobre este principio de igualdad, es jurisprudencia reiterada de la CSJN, que se debe dispensar igualdad de trato a los iguales en igualdad de

circunstancias. Ello significa que la ley prohíbe las discriminaciones arbitrarias pero no impide que el empleador otorgue un trato distinto ante situaciones diferentes cuando responda a causas objetivas. El trabajador debe probar la identidad de situaciones y el trato desigual, y el empleador tiene que acreditar las razones que justificaron la desigualdad.

El citado art. 81 de la LCT, tiene su origen en el fallo de la Corte Suprema “Ratto v. Productos Stani S.A.” del 26 de agosto de 1966, que estableció que la igualdad no impide remunerar a determinados trabajadores por encima de otros si esa distinción está basada en un mejor desempeño, valorado con criterio objetivo por el empleador.

En el Título VII de la LCT, es importante tener en consideración que el art. 173 que prohibía a las mujeres, la realización de tareas en horario nocturno, entre las 20:00 y las 06:00 horas, fue derogado por la ley N° 24.013; lográndose así una primacía del derecho a la igualdad de oportunidades y de género por sobre una excesiva tutela que, aunque bienintencionada en su momento, fue quedando superada por los cambios sociales y económicos, y una nueva concepción de la familia y del rol protagónico de la mujer en el mercado de trabajo.

La ley en comentario prohíbe en el art. 176 ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, riesgoso o insalubre; determinándose en la ley N° 11.317 qué tareas se encuentran comprendidas dentro de esta prohibición.

c) Ley Antidiscriminatoria N° 23.592.

Se trata de una norma de derecho interno de fundamental importancia en este tema, cuyo fin fundamental es la prohibición de todo tipo de discriminación al consagrar que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

d) Ley de Protección integral a las Mujeres N° 26.485 y Decreto Reglamentario N° 1011/10.

Prescribe que violencia laboral contra las mujeres es aquella que las discrimina tanto en 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 (moobing).

### **1.3 Normas Provinciales.**

#### a) Constitución de la Provincia de La Pampa.

En el marco normativo local la Constitución de la provincia de La Pampa establece el principio de no discriminación en su art. 6; en el cual repudia los actos discriminatorios, cuando reza que “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. No se admite discriminación por razones étnicas, de género, religión, opinión política o gremial, origen o condición física o social.”

- b) Ley 2.550 – Adhesión Ley Nacional 26.485 – De protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.

En su art. 1 establece que la provincia de La Pampa adhiere a la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones Interpersonales.

Asimismo prescribe que el Poder Ejecutivo, conforme a las facultades que le son propias, arbitrará las medidas necesarias para hacer operativa la misma en el ámbito de la provincia de La Pampa.

## CAPÍTULO VI

### 1. Casos jurisprudenciales.

Pese a lo establecido en la Constitución Nacional y en los distintos instrumentos internacionales antes mencionados, en los cuales el Estado Argentino ha asumido la obligación de hacer efectivos los derechos humanos por todos los medios apropiados, adoptando las medidas necesarias, utilizando todos los instrumentos disponibles al efecto e incluyendo medidas legislativas; lo cierto es que son muchos los espacios donde aún hoy, puede comprobarse que existe discriminación hacia la mujer, siendo escasos los antecedentes judiciales sobre el tema.

El 20 de Mayo del año 2014, la CSJN, se expidió en la causa caratulada “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ amparo” en el marco de un recurso de hecho deducido por la actora, dejando sin efecto la decisión adoptada por la Corte de Justicia de Salta. Este fallo constituye una decisión, de las no muy frecuentes en materia género y derechos, que se suma a la causa “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A.” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

en el año 2002. En ambos, se admite la existencia de discriminación de género en el ingreso al trabajo, siendo de tal magnitud que hace imperativa la disposición, en el marco de causas judiciales, de acciones positivas para erradicarlas.

La necesidad de que estas causas sean tratadas por nuestros tribunales de Justicia quizá se debe a las grandes deficiencias de nuestro sistema normativo, ya que no existen leyes que reglamenten la selección del personal en el empleo privado, puesto que, en la Ley de Contrato de Trabajo, no se prevé la obligación de contratar mujeres en proporciones mínimas a través de un sistema de cupos, ni siquiera se establece una prohibición concreta, con sanciones específicas al empleador en razón de discriminar en la contratación en función del sexo. Asimismo, tampoco el empleo público contempla disposiciones en este sentido, y aunque las mujeres no están excluidas de ese ámbito, se nota la presencia de los mismos estereotipos patriarcales.

El fallo Sisnero, es jurisprudencia muy importante respecto de este tema, ya que la Corte Federal tuvo oportunidad de expedirse “respecto de las obligaciones de los particulares y del Estado, en relación al derecho a la

igualdad y la no discriminación en el ámbito laboral fundada en razones de género”<sup>6</sup>.

Este caso judicial tuvo inicio en el año 2009, en un amparo colectivo interpuesto conjuntamente por Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las ocho empresas operadoras de SAETA. Todas estas empresas demandadas, tienen a su cargo el transporte público urbano en la ciudad de Salta. SAETA y AMT opusieron excepción de falta de legitimación pasiva, que fueron acogidas y adquirieron firmeza, en razón de no haber sido apeladas.

La demanda inicial invocó como pretensión individual la violación de su derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos exigidos para dicho puesto y también se reclamó el interés colectivo de las mujeres como grupo, ya que la

---

<sup>6</sup> PICONNE, MARÍA VERONICA. “Derecho a la igualdad. Discriminación por motivos de género en el ámbito laboral”. Revista de Derechos Humanos. Año III, Numero 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Pág. 113.

pretensión de cupificación en el empleo de chofer es indivisible, y por tanto, solo sería admisible al invocarse un bien público. Con esta base, se reclamó el cese de la discriminación por razones de género, la incorporación de la señora Mirtha Sisnero como chofer en alguna de las empresas demandadas, y el establecimiento de un cupo de puestos a ser cubiertos por mujeres hasta alcanzar una equitativa distribución de género.

La Sala V de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Salta, se expidió en favor de los demandantes; obligando por medio de su resolución a establecer un procedimiento para que las mujeres soliciten trabajo como chofer de colectivos mediante la conformación de un listado por parte de la Autoridad Metropolitana de Transporte, y obligó a las empresas prestadoras a contratar nuevo personal hasta cubrir un 30% de mujeres, colocando a Sisnero en el primer lugar de ese listado bajo apercibimiento de obligar a las demandadas a abonar un salario idéntico al del chofer con mejor remuneración, incluidas cargas familiares y antigüedad, en caso de incumplimiento.

No conformes con ello, las empresas, interpusieron recurso de apelación ante la Corte de Justicia de Salta, revocándose allí el fallo, argumentando que Sisnero no había acreditado la discriminación, es decir, que no logró

demostrar la idoneidad requerida, o que poseyéndola, las empresas, hubiesen preferido a otro postulante por el hecho de ser de sexo masculino; llegando así a concluir que por esto, no existía caso judicial.

Cabe resaltar como trascendente contradicción de este pronunciamiento, que los mismos jueces reconocieron la existencia de signos de discriminación en la sociedad y se exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo provinciales para que, en el adecuado ámbito de debate y decisión, emitan las normas necesarias que exige una política pública a fin de modificar patrones socioculturales de discriminación.

Como consecuencia de esta resolución revocatoria, la actora, no conforme con la decisión, representada por la Defensoría Oficial Civil N° 4 y la Fundación Entre Mujeres (FEM), interpuso recurso extraordinario.

Este recurso extraordinario fue admitido en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Procuración General de la Nación en su dictamen, fundó la procedencia del recurso en el cuestionamiento a la interpretación del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las actoras, reconocidos en los arts. 16, 43 y 75 inc. 22 CN, y en distintas disposiciones de instrumentos de derechos humanos con jerarquía

constitucional, tratando juntamente con este agravio, el inherente a la arbitrariedad del fallo de la Corte de Justicia de Salta.

Este dictamen atacó incisivamente los argumentos expuestos por el máximo tribunal de la provincia de Salta referidos a la falta de elementos probatorios de la discriminación, haciendo constar que la búsqueda laboral de la actora se inició aproximadamente a mediados del año 2008, y que desde entonces, se habían realizado numerosas contrataciones de colectiveros, eligiéndose en todos los casos personas de sexo masculino.

En ese lapso de tiempo, Mirtha Sisnero había completado todos los trámites reglamentarios exigidos para desempeñarse como chofer, incluidos cursos y exámenes correspondientes para obtener la licencia para conducir transportes urbanos, interurbano y de larga distancia. Sin embargo, durante más de cinco años intentó infructuosamente ser contratada como chofer en alguna de las empresas demandadas, realizó múltiples gestiones ante distintos funcionarios provinciales e hizo una denuncia ante el INADI, sin respuesta alguna.

En el juicio quedó demostrado que las empresas ni aún con la intervención de organismos administrativos nacionales y provinciales, se

dispusieron a incorporar mujeres y continuaron contratando exclusivamente hombres para desempeñarse como choferes.

Comentar este caso judicial es de suma trascendencia para el desarrollo de nuestra tesis, ya que la CSJN al avocarse a su estudio, aborda diversos temas, tales como; el compromiso del Estado Argentino de adoptar medidas tendientes a terminar con los tratos discriminatorios; la obligación de los particulares de respetar los derechos humanos; el carácter oculto o encubierto que suele tener la discriminación; y la consideración de los estándares probatorios admitidos por la Corte en casos anteriores.

En el considerando 2° del fallo la Corte dice que “los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional” conforme a la Constitución Nacional en su art. 16 y diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, entre ellos resalta la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que exige en su art. 11, a los Estados partes, la adopción de las medidas adecuadas para “eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la

aplicación de los mismos criterios de selección c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo”; además la misma convención en su art. 2, establece la obligación de los Estados partes de “tomar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.

Otra cuestión a resaltar es que, como lo ha reiterado en más de una ocasión nuestro máximo órgano judicial, no toda diferencia en el trato resulta ser discriminatoria. En relación a este tema también se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizando el vocablo “distinción” para las diferenciaciones admisibles y el término “discriminación” para aquellas diferencias, exclusiones, restricciones o privilegios carentes de objetividad y razonabilidad, inadmisibles por ser violatorias de los derechos humanos.

En el caso analizado, la diferenciación hecha, no encuentra justificativo en ninguna norma, ni nacional ni provincial, sino que se ha fundamentado en una práctica o conjunto de hechos acaecidos en el trato entre particulares, de la que resulta el agravio de la dignidad de las mujeres salteñas, pero que constituye el reflejo de una realidad que se expande en todo el territorio nacional. En este sentido, basta con revisar

someramente los porcentajes de desempleo para darse cuenta que la tasa de mujeres desempleadas es mucho mayor que la de varones.

Los letrados de las empresas demandadas, en su defensa, sostuvieron argumentos que reproducen las ideas de esta sociedad patriarcal, llegando a decir que "...sus mandantes no han discriminado en la elección del personal de conducción, y que ni siquiera tuvieron la posibilidad de hacerlo ya que nunca se presentó una mujer a pedir trabajo como chofer, o por lo menos nunca que estuviera capacitada o contara con la habilitación requerida para el cumplimiento de tal función."<sup>7</sup>

Además las demandadas hicieron permanente hincapié en que no se puede confundir el hecho de seleccionar personal en base a la idoneidad de los postulantes con discriminación y que la señora Sisnero no puede pretender ser chofer de colectivos cuando su única experiencia laboral anterior fue como peluquera y guardia de seguridad; arguyendo también que el carnet no la habilita para ser considerada como una persona idónea.

---

<sup>7</sup> PICONNE, MARÍA VERONICA. "Derecho a la igualdad. Discriminación por motivos de género en el ámbito laboral". Revista de Derechos Humanos. Año III, Numero 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Pág. 119.

A lo largo de este proceso las empresas expusieron excusas de toda índole, como que no tenían baños para mujeres; o que se trataba de un trabajo muy pesado para ser realizado por “un grupo tan débil”. Todas evasivas inaceptables.

En relación a lo expuesto precedentemente, se puede concluir que “la conducta de las demandadas que atribuye a las mujeres la condición de débiles y poco aptas para desempeñar la tarea de colectivera no pasa el test de razonabilidad necesario tanto por la dimensión de la exclusión – no hay ninguna mujer chofer de colectivo en la ciudad de Salta -, como por los fundamentos que esgrimen, en sí mismos agraviantes, excediendo el margen de discrecionalidad que es admisible reconocerles en su carácter de empleadoras y dando lugar a la infracción de orden constitucional.”<sup>8</sup>

Es de resaltar que la Corte reitera en este caso la jurisprudencia sentada en el fallo Kot, al afirmar que el carácter privado de las empleadoras, no es una licencia para violar los derechos humanos, ya que estos son perfectamente exigibles frente a los particulares, quienes están obligados

---

<sup>8</sup> PICONNE, MARÍA VERONICA. “Derecho a la igualdad. Discriminación por motivos de género en el ámbito laboral”. Revista de Derechos Humanos. Año III, Numero 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Pág. 121.

a respetarlos; así también lo ha establecido la Opinión Consultiva 18/2003 de la Corte Interamericana de DD.HH que determina 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 (erga omnes)...”<sup>9</sup>

En consideración al rechazo de la pretensión de la actora por falta de mérito de los elementos probatorios de la discriminación, la Corte pone fundamental énfasis, como ya lo habíamos adelantado, en explicar que la discriminación no suele manifestarse en forma abierta y claramente identificable y es por ello que su prueba resulta compleja en la mayoría de los casos.

En el fallo la Corte tuvo en cuenta los estándares probatorios que ella misma elaboró y que habían sido ignorados por la Suprema Corte de Salta, los cuales parten de reconocer que la contracara de la igualdad, la discriminación, es una acción generalmente presunta y de difícil

---

<sup>9</sup> CIDH, Opinión Consultiva 18/2003; Fragmento de párrafo n° 140.

demostración, fundamentalmente si se tiene en cuenta que los documentos y archivos que podrían servir a ella se encuentran, la mayor parte de las veces en manos del sujeto a quien precisamente va dirigido el reproche.

Los jueces del Máximo Tribunal remitieron a la cuestión probatoria planteada en el fallo “Pellicori Liliana c/Colegio Público de Abogados s/amparo” del cual surge que es suficiente que la parte que afirma un trato discriminatorio acredite 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. En este orden de ideas, son las empresas de transporte demandadas las que tienen que demostrar la inexistencia de discriminación por razones de género en la selección de su planta de choferes.

La Corte federal evocó la necesidad de adoptar medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes de transporte urbano de pasajeros y por ello, decidió hacer lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario

deducido por Mirtha Sisnero y revocando la sentencia recaída en Salta, mandando se dicte una resolución ajustada a derecho.

Cabe concluir que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también en el marco de las relaciones laborales, los derechos fundamentales deben ser observados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con sus pares.

Los precedentes jurisprudenciales citados en este capítulo, “Freddo” y “Sisnero”, se vinculan con uno de los tantos desafíos a los que se enfrenta la mujer trabajadora hoy, y si bien no se desconoce que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar para los empleadores, ese derecho tiene ciertas restricciones en función de las prerrogativas reconocidas a las demás personas; no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, dignidad, intereses, aspiraciones de desarrollo personal y en la protección de la dimensión social de la persona humana.

## CAPÍTULO VII

### 1. Acciones positivas y Doctrina del “drittwirkung der grundrechte”.

#### 1.1 Concepto de acciones positivas.

Según el Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa, acciones positivas es “toda estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.

También se las ha descrito como medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho. Constituyen programas público - privados diseñados para desigualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario.

## **1.2 Aspectos negativos de las acciones positivas.**

Según lo explica Gelli, muchos autores han alegado “que las acciones positivas puede resultar inconvenientes y hasta contraproducentes, bajo el cargo de que cristalizan y conservan las desigualdades y los estereotipos”.

La contrapartida a esta postura explica que en los hechos, las normas de cupos o cuotas, lejos de menoscabar el mérito o la autoestima de ciertas categorías de sujetos, lo que intentan es establecer “formas de discriminar o desigualar para igualar” o “igualar a quienes no parten de la misma situación”, y no implican una violación al principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional, sino que colocan, por ejemplo, a las mujeres en el mismo plano que los hombres a través de la utilización de medidas de acción positiva.

El mayor inconveniente que presenta este tipo de acciones es que el Estado obliga a los particulares a renunciar a la autonomía de su voluntad en pos del respeto de derechos fundamentales, como lo es en el caso el derecho a trabajar.

Respecto de este problema nuestro máximo tribunal citó en el fallo Sisnero la opinión consultiva 18/13 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su párrafo 140 reza: "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 (erga omnes)".

Ademas la Corte sostuvo que "dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares".

### **1.3 Doctrina del "*drittwirkung der grundrechte*".**

La tesis de la "*drittwirkung der grundrechte*", es creación de la doctrina y, especialmente, de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Su nacimiento data de mediados de los años 50, y el nombre que lleva

ha sido utilizado literalmente en castellano como *efecto frente a terceros de los derechos fundamentales*.

Se refiere exclusivamente a la discusión generada en torno a la posibilidad de extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones que median entre particulares en el tráfico jurídico privado.

Antes de la aparición de esta doctrina no existía conciencia de que los derechos fundamentales podían ser exigidos en relaciones de carácter privado, sino que los mismos eran concebidos como una herramienta de protección que los individuos podían utilizar frente al Estado y que éste estaba obligado a garantizar, es decir, existía hasta entonces un “deber de protección” circunscripto a relaciones de carácter “vertical”. En cambio, la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, sostiene, precisamente, la eficacia horizontal de las garantías fundamentales, esto es la vigencia y exigibilidad de ellas frente a particulares.

La construcción jurídica que presenta esta teoría vuelve especialmente sobre la dicotomía entre el ámbito de lo público y lo privado, el primero visto como amenaza para el individuo, y el segundo establecido como imperio de la autonomía.

Las bases de las que parten sus expositores pueden resumirse en los siguientes postulados: 1. Las relaciones entre los particulares se encuentran inmersas en un marco jurídico que incluye normas de distintas jerarquías, entre las cuales se encuentran, por supuesto, los derechos fundamentales; 2. No existe ningún precepto normativo que excluya la aplicación de los derechos fundamentales frente a los particulares; 3. Los derechos fundamentales son garantías de libertad frente a la acción de cualquier sujeto, sea de poder público o privado, que pretenda entrometerse en la personalidad o en las pretensiones de cualquier ser humano; 4. Esos derechos fundamentales se presentan como un conjunto ordenado y objetivo de valores que influyen directamente en el devenir de las relaciones privadas; 5. La división entre lo público y lo privado está delimitada por una línea móvil y serán los jueces los encargados de determinar su correcta ubicación.

Habiendo delineado los principios rectores de esta teoría resulta también de gran importancia señalar el caso jurisprudencial que le dio inicio, máxime si tenemos en cuenta que guarda estrecha relación con el objeto de análisis de esta tesis; para ello citamos a Urzúa Palominos quien reseña que “la primera demostración jurisprudencial de la “*drittwirkung der grundrechte*” fue una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán

de fecha 5 de mayo de 1957, que declaró nula una cláusula de un contrato de trabajo que contemplaba la posibilidad del empleador, un hospital privado alemán, de extinguir unilateralmente el vínculo laboral con la trabajadora, una enfermera, en caso que ésta hubiese contraído matrimonio. Naturalmente el hospital pretendió prever la legítima ambición de su trabajadora de tener hijos y su necesidad de ausentarse de su trabajo. Pues bien, la trabajadora demandó que dicha cláusula atentaba en contra de su derecho a un ‘libre desarrollo de la personalidad’ [...]. Su pretensión en sede constitucional fue acogida por el Tribunal, sin perjuicio de la originalidad propia del argumento utilizado”.

La tesis del “drittwirkung der grundrechte” probablemente resulte de difícil aplicación práctica si nos limitamos a mantener una visión sesgada solamente hacia los derechos individuales.

#### **1.4 Teorías negatorias de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas entre particulares.**

Las concepciones que niegan la posibilidad que los derechos fundamentales tengan aplicación entre privados parten, generalmente,

de ideas emanadas de las corrientes clásico-liberales del Estado. Esto no es extraño, si tenemos en cuenta que “el Estado liberal es un ‘Estado mínimo’, que no asume otras tareas que preservar el orden público, en definitiva la paz social. En lo demás debe permanecer al margen del “juego social”, el cual autodeterminará sus propias reglas”.<sup>10</sup>

En este orden de ideas, los sostenedores de estos argumentos estiman que carece de eficacia que los derechos fundamentales sean extendidos al ámbito de las relaciones privadas, por cuanto en ellas los sujetos actúan en pie de igualdad, y se presume que lo hacen libremente. Esto constituye una defensa acérrima de la autonomía de la voluntad, que pone a cada sujeto como único autor de los actos que celebra en su vida (sin contemplar la posibilidad de que alguien más pueda interferir esa voluntad), y que lo hace responsable, lógicamente, de las consecuencias que dichos actos puedan generar.

Finalmente, otro de los fundamentos que utilizan es que desde el punto de vista histórico los derechos fundamentales “se han erguido con el claro

---

<sup>10</sup> URZÚA PALOMINOS, RODRIGO ANDRÉS. “Eficacia de derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la drittwirkung der grundrechte”.  
[http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-urzua\\_r/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-urzua_r/html/index-frames.html)

objeto de ser opuestos al poder público y, como es obvio, como un límite a dicho poder.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> URZÚA PALOMINOS, RODRIGO ANDRÉS. “Eficacia de derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la drittwirkung der grundrechte”.  
[http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-urzua\\_r/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-urzua_r/html/index-frames.html)

## CONCLUSIÓN

La discriminación se encuentra presente en todos los ámbitos de nuestra vida y los espacios laborales, públicos o privados, no son una excepción a ella.

No hace falta indagar demasiado en los hechos históricos para saber que en materia de división del trabajo, las mujeres siempre ocuparon un lugar de penumbra, limitadas a tareas domésticas y sin valor, alejadas por completo de la vida social y pública.

Con la inclusión del género femenino en el mundo del trabajo asalariado hace ya algunas décadas, apareció un nuevo desafío para el derecho: proteger a las mujeres trabajadoras. Este reto u obligación por parte del Estado fue acrecentándose a lo largo de los años, sobre todo a través de una nueva mirada sobre el art. 16 de nuestra Constitución Nacional y de la incorporación en su art. 75 inc. 22 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros tratados de Derechos Humanos.

Al referirnos a la discriminación laboral de género, encontramos afectados dos derechos fundamentales que se hallan amparados en la

parte dispositiva de nuestra Carta Magna, uno es el derecho al trabajo (art. 14 CN), como derecho fundamental e inalienable que se relaciona directamente con el desarrollo individual, y el otro es el derecho a la igualdad, que parte de ofrecer las mismas posibilidad a todos aquellos que se encuentran en iguales condiciones. La vulneración de cualquiera de ellos hoy día implica contradicción con todo el bloque de legalidad y una violación a los Derechos Humanos.

Desde la reforma constitucional de 1994, en el ámbito del derecho público, los órganos del Estado se encuentran obligados a tomar decisiones que garanticen el efectivo goce de tales derechos. Por un lado, los jueces de la Nación deben realizar un doble control en los casos sometidos a su decisión: de constitucionalidad y de convencionalidad; y por otro, pesa sobre el Congreso de la Nación la atribución de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular respecto de los grupos vulnerados como las mujeres (art. 75 inc.23).

En cuanto a la posibilidad de que los derechos fundamentales sean exigibles en el marco de las relaciones privadas, consideramos que ello es factible toda vez que, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha producido una “humanización” del derecho

privado, que ha receptado los lineamientos de las Convenciones Internacionales en materia de grupos vulnerados. Es importante resaltar que el art. 2 de dicho cuerpo normativo impone interpretar todo el ordenamiento jurídico "...teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos...". Esto implica que el Estado, a través del Poder Judicial tiene el deber de reprochar a los particulares aquellas relaciones en las que se vulneren prerrogativas inherentes a cualquier ser humano, sea hombre o mujer.

El gran avance normativo obtenido hasta hoy en todos los ámbitos (internacional, nacional y local) no alcanza sin embargo para erradicar la discriminación laboral de género.

La legislación y las políticas públicas que se han puesto en marcha en pos del respeto de los Derechos Humanos de las mujeres son muy alentadoras en el plano formal pero en la realidad constituyen un progreso muy lento hacia la igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA

**GELLI, MARÍA ANGÉLICA.** Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. 4ta. Edición, La Ley, Buenos Aires; 2009. Págs. 231 a 260.

**GRISOLIA, JULIO ARMANDO.** Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 12ª Edición, LexisNexis, Buenos Aires; 2007. Págs. 879 a 902.

**GRISOLIA, JULIO A.- AHUAD, ERNESTO J.** Ley de Contrato de Trabajo Comentada. 4ta. Edición, Editorial Estudio, Buenos Aires; 2012. Págs. 232 a 245.

**FIGUEROA, ANA MARÍA.** Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina. Revista de Derecho Público. Año III, Número 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Págs. 101 a 122.

**PICONNE, MARÍA VERONICA.** Derecho a la igualdad. Discriminación por motivos de género en el ámbito laboral. Revista de Derechos Humanos. Año III, Numero 8. Ediciones INFOJUS; 2014. Págs. 113 a 125.

**PASTEN DE ISHIHARA, GLORIA MARINA.** El desafío de la mujer trabajadora en la etapa precontractual. Revista de Derecho del Trabajo. Año III, Numero 9. Ediciones INFOJUS; 2009. Pág. 151 a 166.

**FACIO, ALDA - FRIES, LORENA.** Género y Derecho. La Morada - Corporación de Desarrollo de la Mujer, Santiago de Chile; 1999.

**INADI.** Derecho al trabajo sin discriminación. Hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año 2013. Págs. 11 a 25.

**OFICINA PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO.** Igualdad de género y trabajo decente. Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género 2012. OIT; Ginebra, 2012. Págs. 3 a 56.

**COMISIÓN TRIPARTITA DE IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES ENTRE VARONES Y MUJERES EN EL MUNDO LABORAL.** Igualdad de oportunidades N° 2. Derechos laborales de mujeres y varones herramientas para la equidad. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

**BARRANCOS, DORA.** Reseña del libro “Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869-1960)” Mirta Z. Lobato. Edhasa, Buenos Aires; 2007.

[http://www.trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2007n04\\_revistaDeTrabajo/2007n04\\_a17\\_dBarrancos.pdf](http://www.trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2007n04_revistaDeTrabajo/2007n04_a17_dBarrancos.pdf)

**BADILLA CALDERÓN, ELIZABET (Directora).** Discriminación de género y derechos laborales de las mujeres. Una responsabilidad compartida que requiere un esfuerzo conjunto.

[http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/33\\_pub43\\_estudiogeneroder\\_laboraleshon.pdf](http://www.funpadem.org/app/webroot/files/publication/files/33_pub43_estudiogeneroder_laboraleshon.pdf)

**KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA.** Las acciones positivas.

<https://es.scribd.com/document/333264911/ACCIONES-POSITIVAS-AIDA-KEMELMAJER-pdf>

**URZÚA PALOMINOS, RODRIGO ANDRÉS.** Eficacia de derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la drittwirkung der grundrechte.

[http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-urzua\\_r/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-urzua_r/html/index-frames.html)

### **FALLOS:**

“Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA s/amparo”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Sala H; Año 2002.

“Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Año 2014.